

ØKONOMISKE VILKÅR VED FAMILIEGJENFORENING MELLOM BARN OG DERES OMSORGSPERSONER

En undersøkelse av forvaltningens praktisering av dispensasjonsskjønnet
særlig sterke menneskelige hensyn

Kandidatnummer: 215 og 219

Leveringsfrist: 10. april 2008

Til sammen 59 134 ord

04.06.2009

FORORD

Hensyn til barn på utlendingsrettens område har vært gjenstand for økende fokus de siste årene. Barns rettigheter har gradvis blitt styrket, for eksempel gjennom barnekonvensjonen og dens status i norsk rett. Samtidig har statenes interesse for å regulere innvandringen vært stigende, som følge av økt migrasjon av både arbeidsinnvandrere og flyktninger fra fattigere land. I lys av dette ønsket vi å se hvordan barnets rettigheter ivaretas i familiegjenforeningssaker. Vi har valgt å se på barn som er igjen alene i hjemlandet eller et annet oppholdsland, og som søker familiegjenforening med foreldre eller andre omsorgspersoner i Norge. Vi ser på saker hvor økonomiske vilkår for familiegjenforening ikke er oppfylt, og hvor hovedregelen som følge av dette får avslag på søknad om oppholdstillatelse. Barna kan likevel unntas fra de økonomiske kravene og få innvilget oppholdstillatelse dersom det foreligger *særlig sterke menneskelige hensyn*. Vår undersøkelse dreier seg om dette forvaltningsskjønnet, og hvordan barnets interesser ivaretas i skjønnsvurderingen. Barna som omfattes av vår undersøkelse er en gruppe det har vært lite fokus på i norsk innvandringsdebatt.

Vi håper både utlendingsforvaltningen, rettshjelpere på utlendingsområdet og lovgiver kan ha nytte av avhandlingen.

Tusen takk til våre veiledere, professor Kirsten Sandberg og høyesterettsadvokat Jonas W. Myhre, for nyttige innspill underveis. Takk også til førsteamanuensis Leif Petter Olaussen for hjelp med utforming av variabler og spørsmål til det statistiske materialet.

Vi har vært så heldige å få låne kontorplass hos Institutt for kriminologi og rettssosiologi. Tusen takk til professor og instituttbestyrer Kristian Andenæs og de øvrige ansatte tilknyttet IKRS.

Takk til Kate Chapman i UDI og Christiane Heffermehl Lange i UNE, og andre i utlendingsforvaltningen, for å ha tilrettelagt for gjennomføringen av denne undersøkelsen. En stor takk til ansatte i utlendingsforvaltningen som takket ja til å stille på intervju.

Vi har i vårt arbeid med undersøkelsen hatt møter med mange fagpersoner på feltet. Takk til alle disse for nyttige innspill og synspunkter.

Takk til cand.jur. Gustav Haver for gjennomlesning og gode faglige innspill.

Takk til Juss-Buss ved daglig leder og Innvandringsgruppa for godt samarbeid. Takk til Scheiblers Legat for økonomisk støtte til prosjektet.

Oslo, april 2008

Tine Larsen og Kine Sperre Horsbøl

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for avhandlingen	1
1.2	Bakgrunn for avhandlingen.....	2
1.3	Problemstilling	4
1.4	Avgrensninger	5
1.4	Begrepsbruk	6
1.5	Familiegjenforening – omfang og plassering i utlendingsretten	7
1.6	Videre framstilling.....	10
<u>2</u>	<u>METODE I UNDERSØKELSEN.....</u>	<u>11</u>
2.1	Innledning	11
2.2	Datainnsamling	11
2.2.1	Innledning	11
2.2.1	Saksutvalg	12
2.2.1.1	UDI	13
2.2.1.2	UNE	14
2.2.1.3	Saker	14
2.2.1.4	Intervju	15
2.2.2	Analyse	17
2.2.3	Innsyn	17
2.2.3.1	Spesielt om problemer med innsyn hos UDI:.....	18
2.3	Utlendingsforvaltningens tall.....	20
2.4	Representativitet.....	21

2.5	Feilkilder	22
<u>3</u>	<u>REGELVERK OG JURIDISK METODE</u>	<u>24</u>
3.1	Innledning	24
3.2	Personkrets.....	24
3.2.1	Familiiegjenforening for barn som omfattes av ul. § 9, jf. uf. § 22 jf. § 23	24
3.2.2	Familiiegjenforening for barn som omfattes av ul. § 8 annet ledd, jf. uf. § 24	25
3.3	Underholdskrav - rettskilder	26
3.3.1	Lov og forskrift.....	26
3.3.2	Rundskriv.....	29
3.3.3	Forarbeider.....	30
3.3.4	Lovens formål.....	32
3.3.5	Praksis.....	33
3.3.6	Reelle hensyn.....	35
3.3.7	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen og EMD-praksis	36
3.3.8	Barnekonvensjonen.....	39
3.3.9	Prinsippet om familien som grunnleggende enhet.....	43
3.4	Skjønnsvurdering	44
3.5	Sterke menneskelige hensyn og særlig sterke menneskelige hensyn.....	46
<u>4</u>	<u>SAKSBEHANDLING I FAMILIEGJENFORENINGSSAKER.....</u>	<u>50</u>
4.1	Søknadsprosessen	50
4.1.1	Særskilt om saksbehandling i UNE	53
4.1.2	Instruksjonsmyndighet.....	54
4.1.3	Klage over positive vedtak	55
<u>5</u>	<u>PRESENTASJON AV UTVALGET.....</u>	<u>57</u>
5.1	Innledning	57

5.2	Vedtakene	57
5.2.1	Resultat	57
5.2.2	Behandlingsform hos UNE	59
5.2.3	Personkrets	60
5.2.4	Herboendes oppholdsgrunnlag	62
5.2.5	Saksbehandlingstid	63
5.3	Om klientene	65
5.3.1	Kjønn	65
5.3.2	Nasjonalitet	65
5.3.3	Alder	66
5.4	Rettsjelpere og innsats	66
5.5	Anførsler fra søkerne og rettsjelp	67
5.5.1	Kort om anførslene	67
5.5.2	Rettsjelpers betydning for anførslene som framsettes	68
5.5.2.1	Rettsjelpers betydning for helseanførsler	69
5.5.2.2	Rettsjelpers betydning for menneskerettslige anførsler	70
6	<u>OM DE ULIKE MOMENTENE I SKJØNSSVURDERINGEN "SÆRLIG STERKE MENNESKELIGE HENSYN"</u>	<u>72</u>
6.1	Innledning	72
6.2	Retten til familieliv	73
6.2.1	Innledning	73
6.2.2	Funn	76
6.2.3	Vekt og våre vurderinger	82
6.3	Barnets beste	85
6.3.1	Innledning	85
6.3.2	Funn	88
6.3.2.1	Bruk av barnefaglig kompetanse/uttalelser	91
6.3.3	Vekt og våre vurderinger	92
6.3.3.1	Om manglende barneperspektiv	94

6.4	De sikkerhetsmessige forholdene i hjemlandet eller oppholdslandet.....	96
6.4.1	Innledning.....	96
6.4.2	Funn.....	96
6.4.3	Vekt og våre vurderinger.....	100
6.4.3.1	Om herboendes sikkerhet ved retur.....	100
6.4.3.2	Om søkernes sikkerhetssituasjon	102
6.5	Humanitær og sosial situasjon i hjemland og oppholdsland	105
6.5.1	Innledning.....	105
6.5.2	Funn.....	106
6.5.3	Vekt og våre vurderinger.....	110
6.6	Oppholder seg utenfor hjemlandet	113
6.6.1	Innledning.....	113
6.6.2	Funn.....	113
6.6.3	Vekt og våre vurderinger.....	115
6.7	Alder	117
6.7.1	Innledning.....	117
6.7.2	Funn.....	117
6.7.2.1	Alder som viktig moment.....	117
6.7.2.2	Vedrørende 15 år som tommelfingerregel.....	122
6.7.2.3	Søsken og andre mindreårige barn	124
6.7.3	Vekt og våre vurderinger.....	126
6.7.3.1	Alder som viktig moment.....	126
6.7.3.2	Vedrørende 15 år som tommelfingerregel.....	128
6.7.3.3	Søsken	128
6.8	Omsorgssituasjon.....	130
6.8.1	Innledning.....	130
6.8.2	Funn.....	130
6.8.2.1	Herboende	130
6.8.2.2	Omsorgspersoner i hjemland/oppholdsland	131
6.8.2.3	Barnefaglige uttalelser	134
6.8.3	Vekt og våre vurderinger.....	135
6.9	Helseproblemer	140

6.9.1	Innledning	140
6.9.2	Funn	140
6.9.2.1	Psykkiske helseproblemer	140
6.9.2.2	Fysiske helseproblemer	141
6.9.2.3	Vurdering av psykiske og fysiske helseproblemer nevnt i intervjuene	145
6.9.3	Vekt og våre vurderinger	145
6.10	Herboende oppnår bosettingstillatelse innen et halvt år.....	147
6.10.1	Innledning	147
6.10.2	Funn	147
6.10.3	Vekt og våre vurderinger	149
6.11	Personkrets.....	151
6.11.1	Innledning	151
6.11.2	Funn	151
6.11.2.1	Nærmere om vurderingen av personkrets	154
6.11.3	Vekt og våre vurderinger	157
6.12	Innvandringspolitiske hensyn.....	159
6.12.1	Innledning	159
6.12.2	Funn	159
6.12.3	Vekt og våre vurderinger	162
6.13	Oppsummering	164
<u>7</u>	<u>SAKSBEHANDLING OG FORVALTNINGSRETT.....</u>	<u>167</u>
7.1	Innledning	167
7.2	Likebehandling	168
7.2.1	Innledning	168
7.2.2	Sikres likebehandling av forvaltningsskjønnet i uf. § 25 tredje ledd tredje punktum?	169
7.2.3	Våre funn	171
7.3	Likebehandling ved valg av behandlingsform i UNE.....	176
7.4	Begrunnelsesplikten.....	178
7.4.1	Innledning	178

7.4.2	Om regelverket	178
7.4.3	Vedrørende begrunnelser i innvilgelsesvedtakene.....	182
7.4.4	Vedrørende begrunnelser i avslagsvedtakene, spesielt om standardbegrunnelser	183
7.4.4.1	Vise til regler.....	183
7.4.4.2	Nevne de faktiske forhold	183
7.4.4.3	Hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn, bør nevnes og standardbegrunnelser.....	184
7.4.4.4	Vedrørende ”godt nok-prinsippet”	188
7.4.5	Begrunnelse og valg av behandlingsform hos UNE	189
7.4.6	Kort om begrunnelse og rettshjelp.....	190
7.5	Utlendingsforvaltningens utredningsplikt.....	191
7.6	Fritt forvaltningsskjønn.....	195
8	<u>AVSLUTTENDE KRITISKE BEMERKNINGER OG FORSLAG TIL ENDRINGER</u>	
	<u>203</u>	
8.1	Innledning	203
8.2	Underholdskravet	203
8.2.1	Bør det være underholdskrav for barn?	203
8.2.1.1	Barnets beste	203
8.2.1.2	Integreringshensyn	204
8.2.1.3	Hensynet til rimelighet	205
8.2.1.4	Retten til familieliv	207
8.2.1.5	Forskjellsbehandling på økonomisk grunnlag.....	207
8.2.1.6	Innvandringspolitiske hensyn.....	208
8.2.1.7	Underholdskravets størrelse	209
8.2.2	Om underholdskrav og barn i ny utlendingslov.....	210
8.2.2.1	Utvidelser og innstramminger i ny lov vedrørende barn i familiegjenforeningssaker	211
8.2.2.2	Våre forslag.....	214
8.3	Oversikt over saker hos utlendingsforvaltningen og forskning.....	216
8.4	”Skjulte regler”.....	217

KILDELISTE.....	220
------------------------	------------

LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V	A
--	----------

VEDLEGG	C
----------------------	----------

1 INNLEDNING

1.1 Tema for avhandlingen

Tema for avhandlingen er utøvelsen av forvaltningsskjønnet ”særlig sterke menneskelige hensyn” som grunnlag for å dispensere fra kravet om økonomisk underhold i familiegjenforeningssaker.

Som hovedregel stilles et underholds krav for oppholdstillatelser, jf. utlendingsloven¹ (ul.) § 8 første ledd nr. 1 og § 9 første ledd annet punktum. Kravet til inntekt eller formue tilsvarer statens lønnstrinn 1². Hensikten bak bestemmelsen er at de som kommer ikke skal være avhengig av sosialhjelp, men forsørges av seg sjøl eller av familien. Noen særskilte grupper er unntatt fra underholds kravet, og er derfor ikke relevante i vår oppgave. Vi ser utelukkende på saker hvor det stilles underholds krav og dette ikke er oppfylt, og hvor det dermed vurderes om det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn som kan medføre dispensasjon.

Det er utlendingsforskriften (uf.) § 25 tredje ledd tredje punktum som gir hjemmel til å dispensere fra hovedregelen etter en skjønnsmessig vurdering. Vi har valgt å se hvordan skjønnnet utøves når barn under 18 år uten forelder i hjemlandet, søker familiegjenforening med foreldre eller andre omsorgspersoner som har oppholdstillatelse i Norge.

¹ 24. juni 1988 nr 64 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

² Underholds kravet tilsvarer statens lønnstrinn 1, og gjeldende sats for perioden for vår undersøkelse var:

1.5.04-1.5.05: 167 500

1.5.05-1.5.06: 169 100

1.5.06-1.5.07: 178 100

I dag er underholds kravet 182 400 kr (1.5.07-1.5.08)

Avhandlingen baserer seg på gjennomgang av vedtak med underliggende saksdokumenter, samt intervjuer av saksbehandlere, både hos Utlendingsdirektoratet (UDI) og Utlendingsnemnda (UNE). Vi foretar en vurdering av vedtakene og skjønnsutøvelsen i forhold til gjeldende rett, og redegjør for våre betraktninger om forvaltningens skjønnsutøvelse og saksbehandling. I oppgaven gjør vi også rede for rettspolitiske synspunkter om underholdskrav når barn søker familiegjennforening.

1.2 Bakgrunn for avhandlingen

Forfatterne er tidligere medarbeidere i innvandringsgruppa på Juss-Buss. Familiegjennforening var den sakstypen vi arbeidet mest med. Manglende oppfyllelse av underholdskravet var et vanlig problem for våre klienter.

Dette problemet var særlig synlig etter at det 1. mai 2003 ble gjeninnført underholdskrav for de som søkte familiegjennforening med herboende som hadde fått opphold på humanitært grunnlag.³ Juss-Buss fikk som en følge av dette en stor økning i saker hvor underholdskravet ikke var oppfylt. På Juss-Buss fikk vi inn en del saker med barn som hadde fått avslag på oppholdstillatelse med sine foreldre i Norge. Mange saker angikk barn som var igjen i Afghanistan og Somalia (som oftest oppholder de seg i tredjeland), da det var mange foreldre fra disse landene som fikk opphold på humanitært grunnlag. Bakgrunnen for at foreldrene fikk opphold på humanitært grunnlag var den vanskelige sikkerhets- og humanitærsituasjonen i disse landene som følge av krig. Men deres gjenværende barn fikk i mange tilfeller avslag på familiegjennforening med foreldrene i Norge, fordi foreldrene ikke hadde høy nok inntekt.

³ Foreslått gjeninnført i høringsbrev fra Kommunal- og regionaldepartementet av 3.2.2003, og trådte i kraft 1. mai samme år. Opprinnelig var det også underholdskrav for denne gruppen, men det ble fjernet i 1997. Hovedargumentet for å gjeninnføre underholdskravet var en sterk økning i antall asylsøknader i årene etter bortfall av underholdskravet (fra 2 271 asylsøkere i 1997 til 17 500 asylsøkere i 2003), og departementet antok at bortfall av underholdskrav for familiegjennforeningen var en av årsakene til økningen i antall asylsøkere.

En annen hovedgruppe hvor denne problemstillingen blir satt på spissen, er barn som har en forelder som har fått oppholdstillatelse i familiegjennforeningsøyemed med ny ektefelle i Norge. Ofte vil det ikke være underholdskrav for forelderen, fordi vedkommende er gift med norsk borger. Foreldrene kan dermed omfattes av unntaksregler for underholdskravet⁴ som ikke gjelder for deres særkullsbarn. Det er et vanskelig valg forelderen står overfor når vedkommende har fått oppholdstillatelse for å kunne leve med sin nye ektefelle i Norge, mens vedkommendes barn får avslag på familiegjennforening fordi underholdskravet ikke er oppfylt.

Andre viktige grupper barn som søker familiegjennforening, og som også er med i saksutvalget vårt, er fosterbarn og mindreårige søsken av herboende. Disse barna har vanligvis mistet sine foreldre. Fosterbarn kan søke oppholdstillatelse på grunnlag av en fosterbarnbestemmelse dersom det godtgjøres at foreldreansvaret er overført til personen i Norge, og at barnet er et etablert medlem i dennes husstand. Ofte er de påberopte fosterforeldre en tante eller onkel. Mindreårige søsken kan også søke oppholdstillatelse etter en søskenbestemmelse, dersom de er igjen uten foreldre eller annen omsorgsperson, og har voksne helsøsken i Norge.

På Juss-Buss så vi at underholdskrav for familiegjennforening satte familien i en vanskelig situasjon, både for barna som var igjen i hjemlandet, og for omsorgspersoner i Norge. I vedtakene så vi at vurderingene knyttet til særlig sterke menneskelige hensyn og hensynet til barnets beste framstod, etter vår mening, som standardiserte, og at terskelen for å dispensere var svært høy. Dette var bakgrunnen for at vi ønsket å se nærmere på hva som skulle til for å dispensere i saker som angår barn.

Et formål med avhandlingen er å sette fokus på en gruppe barn som i svært liten grad har vært omtalt i den innvandringspolitiske debatten, men som i antall utgjør den største gruppen barn som berøres av norsk utlendingslovgivning. I 2005 behandlet UDI totalt 6571 saker hvor barn søkte familiegjennforening. Av disse ble 5658 saker innvilget. Tilsvarende

⁴ uf. § 25 tredje ledd annet punktum og uf. § 25 fjerde ledd bokstav c

tall for 2006 var 7107 saker, hvorav 6049 ble innvilget. UNE har ikke oversikt over hvor mange saker de behandler som gjelder barn som søker familieforening.

Verken UDI eller UNE har oversikt over hvor mange familieforeningssaker de behandler som gjelder barn som lever alene i hjemlandet eller et annet oppholdsland. Det er lite fokus på disse barna og deres familietilknytning til Norge. Vi tror det i stor grad har sammenheng med at barna ikke befinner seg i Norge. Det har i liten grad vært engasjement for disse barna hos interesseorganisasjoner som Redd Barna eller Barneombudet.

Vi håper vi med dette kan bidra til å belyse situasjonen for en viktig gruppe søkere, og at denne oppsummeringen av eksisterende praksis kan være et innspill til lovgiver i den videre utforming av regler om underholdskrav i forskrift i forbindelse med ny utlendingslov. Vi vil med dette synliggjøre behovet for et barneperspektiv i utlendingsretten.

1.3 Problemstilling

Vår hovedproblemstilling er:

Hva skal til for å dispensere fra underholdskravet på grunn av særlig sterke menneskelige hensyn når barn søker familieforening med omsorgspersoner i Norge?

I oppgaven forsøker vi å finne ut hvordan skjønnets for unntaksbestemmelsen praktiseres når søker er mindreårig barn uten foreldre i hjemlandet. Vi vil se på hvilke faktorer som tas i betraktning for om det bør dispenseres ved forening mellom barn og deres omsorgspersoner, og hvilken grad de ulike faktorene tillegges vekt. Vi vil særlig se på i hvilken grad hensynet til barnets beste, jf. barnekonvensjonens art. 3, kommer inn i vurderingen av om det bør dispenseres. Vi ser også i hvilken grad foreldrenes situasjon i Norge gjør seg gjeldende i vurderingen, hensynet til familiens enhet og retten til familieliv etter Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art. 8 og hvordan de ulike hensyn avveies mot de innvandringspolitiske hensyn. Men inn i denne vurderingen er det

også en rekke andre momenter som gjør seg gjeldende og som vi går nærmere inn på i vår analyse.

Vi vil også vurdere om man i vedtakene har ivaretatt forvaltningsrettslige krav som likebehandling og begrunnelsesplikt, og om utredningsplikten er overholdt. I tillegg diskuterer vi om forvaltningens skjønn knyttet til vår problemstilling er underlagt domstolskontroll. Avslutningsvis vil vi også komme med vurderinger og forslag i forhold til både gjeldende rett og den nye utlendingsloven med kommende forskrift.

1.4 Avgrensninger

Vi har valgt å avgrense vår avhandling til å omfatte barn som er uten mor eller far i hjemlandet/oppholdslandet, og som søker familiegjening med foreldre eller andre omsorgspersoner i Norge. Vårt saksutvalg omfatter de sakene hvor underholdskravet i disse tilfellene ikke er oppfylt. Reglene for hva som skal til for at underholdskravet anses som oppfylt, vil ikke bli behandlet i denne avhandlingen.

Barna i vårt saksutvalg lever enten i hjemlandet eller et annet oppholdsland uten foreldre. Saksutvalget vårt omfatter imidlertid barn som har andre omsorgspersoner enn foreldre i hjemlandet eller oppholdslandet, f.eks. besteforeldre, eldre søsken, fjerne slektninger eller andre personer som tar seg av dem. Når det gjelder personen i Norge som barna søker familiegjening med (herboende), kan dette være foreldre, fosterforeldre eller helsøsken, evt. andre personer man påberoper sterk tilknytning til (som kan være aktuelt på grunnlag av sterke menneskelige hensyn, jf. uf. § 24 annet ledd).

Barn som søker familiegjening etter EØS- og EFTA-reglene (barn av EØS- og EFTA-borgere som bor i Norge) er ikke omfattet av oppgaven. Disse kan følge andre familiegjenningsregler⁵, og faller utenfor oppgaven da det ikke stilles underholdskrav

⁵ Se ul. § 52, jf. uf. §§ 179 og 180

mellom barn og foreldre. For en utvidet familiekrets som ikke omfattes av EØS- og EFTA-reglene (fosterbarn, helsøsken og evt. andre), kan det være aktuelt å søke oppholdstillatelse etter uf. § 24. Vi har imidlertid ingen saker i vårt saksutvalg hvor dette er tilfelle. Våre saker omfatter borgere utenfor EØS-/EFTA-området, som søker familiegjenforening med herboende som heller ikke er EØS-/EFTA-borger.

Når herboende har asyl stilles det ikke underholdskrav for deres barn, og disse faller utenfor problemstillingen vår. Men for fosterbarn eller søsken som søker familiegjenforening med en person som har flyktningstatus, gjelder det underholdskrav, og disse faller innenfor problemstillingen.

1.4 Begrepsbruk

Familiegjenforening – oppholdstillatelse til nære slektninger av norsk statsborger eller utenlandsk borger med oppholdstillatelse i Norge.

Underholdskrav – et vilkår for oppholdstillatelse i familiegjenforeningssøymed som går ut på at herboende har en inntekt som tilsvarer lønnstrinn 1.

Herboende – personen i Norge som det søker familiegjenforening med. Kalles også hovedperson og referanse eller herboende referanse.

Bosettingstillatelse – en permanent selvstendig oppholdstillatelse som kan gis etter tre års sammenhengende tillatelse i Norge. Dersom herboende referanse i familiegjenforeningssaker har bosettingstillatelse, er det unntak fra underholdskravet.

Barn – personer som er under 18 år, jamfør definisjon i norsk lov og internasjonale konvensjoner.

Personkrets – de personene som etter utlendingsforskriften⁶ kan få innvilget familiegjenforening med herboende. Kravet er at personene som søker familiegjenforening er i nær familie med herboende, eller at det foreligger sterke menneskelige hensyn som taler for at en familiegjenforening.

Nærmeste omsorgspersoner – omsorgspersoner i Norge som ikke er foreldre, men som er i så nær relasjon til søkerne at de kan få familiegjenforening etter uf. § 24. Det vil si fosterforeldre eller voksne helsøsken i Norge. Disse vil oftest være de nærmeste omsorgspersoner dersom foreldre er forsvunnet. Krav til nær relasjon ligger i vilkårene for oppholdstillatelse etter uf. § 24 bokstav f og g.

Andre omsorgspersoner – personer som i ulik grad tar seg av søkerne i hjemlandet eller oppholdslandet. Dette kan være både nære og fjerne omsorgspersoner, og omsorgen kan være av ulik art (bo hos, få mat av, se til etc.)

Sterke menneskelige hensyn – kan danne grunnlag for oppholdstillatelse etter ul. § 8 annet ledd.

Særlig sterke menneskelige hensyn – vilkår for å dispensere for underholdskravet i familiegjenforeningssaker, jf. uf. § 25 tredje ledd tredje punktum.

1.5 Familiegjenforening – omfang og plassering i utlendingsretten

I 2006, som er det ene referanseåret for vår undersøkelse⁷, fattet utlendingsmyndighetene 81 800 vedtak hvor utlendinger ble innvilget oppholdstillatelse utover tre måneder.

Typer oppholdstillatelser fordelte seg slik:⁸

⁶ Se uf. §§ 23 og 24

⁷ Vi nevner bare det ene referanseåret da formålet er å illustrere omfanget av familiegjenforening sammenlignet med andre oppholdsgrunnlag.

- 54 400 fikk tillatelse til å arbeide her i mer enn tre måneder (fornyelser medregnet)
- 10 200 fikk tillatelse til studieopphold i Norge (fornyelser medregnet)
- 14 000 fikk oppholdstillatelse for å stifte familie eller gjenforenes med familie i Norge. Av disse var i overkant av 6 000 barn under 18 år. 83 % av til sammen 16 900 søknader om familiegjennforening som ble behandlet, ble innvilget.
- 2 200 fikk oppholdstillatelse på grunnlag av søknad om asyl:
Ca 460 fikk asylstatus, ca 600 fikk av flyktninglignende grunner og ca 620 fikk av humanitære grunner.
- 1 000 oppholdstillatelser ble gitt overføringsflyktninger

Innvandring på grunnlag av familietilknytning til en person i Norge er det klart viktigste grunnlag for varig innvandring og bosetting i Norge, da familieinnvandring danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse. Av de 54 400 arbeidstillatelsene som ble gitt i 2006, danner kun 2000 grunnlag for permanent bosettingstillatelse.⁹ Studieopphold danner heller ikke grunnlag for bosettingstillatelse. Antall mennesker som får oppholdstillatelse på grunnlag av asylsøknad eller som overføringsflyktning er langt lavere enn antallet familiegjennforente.

Familiegjennforening er oppholdstillatelse med det formål å ivareta et privat familieliv, og skiller seg grunnleggende fra oppholdstillatelser hvor bakgrunnen for tillatelse er flukt fra krig eller forfølgelse, eller innvandring som er økonomisk motivert (arbeidsinnvandring).

Mens de øvrige tillatelser er ”selvstendige” oppholdsgrunnlag, er familiegjennforening avhengig av at man har nær familietilknytning til en person i Norge. Det er denne relasjonen til en annen person som danner grunnlaget for tillatelsen. Brytes relasjonen før man har opparbeidet seg et selvstendig oppholdsgrunnlag i form av bosettingstillatelse, mister man også retten til videre opphold i Norge. Først etter tre år får en familiegjennforent en varig oppholdstillatelse som er uavhengig av familietilknytningen, såkalt

⁸ Tall og fakta 2006, UDI

⁹ Ot. prp. nr. 46 (1986-1987) side 178

bosettingstillatelse, jf. ul. § 12. Ved innvilgelse av denne permanente bosettingstillatelsen må som hovedregel grunnlaget for familiegjenforeningen fortsatt være tilstede, jf. uf. § 43 første ledd annet punktum.

Sjøl om det er grunnleggende forskjeller på de ulike oppholdsgrunnlagene, er det samtidig en nær sammenheng ved at flertallet av de familiegjenforente gjenforenes med en utlending som har kommet hit på et annet oppholdsgrunnlag. Når flere får arbeidstillatelse eller asyl, kommer flere på familiegjenforening. Hvilke nasjonaliteter som kommer på familieinnvandring, gjenspeiler i stor grad hvilke nasjonaliteter som får oppholdstillatelser på de øvrige grunnlag. I 2006 ble det gitt flest familiegjenforeningstillatelser til polske borgere, som i hovedsak er familiemedlemmer av polakker som har arbeidstillatelse. Høyt på listen over familiegjenforente ligger også somaliere, irakere og afghanere, som i hovedsak er familiemedlemmer av de som de senere år er innvilget oppholdstillatelser på grunnlag av asylsøknad.

Av de som fikk familiegjenforening i 2006, fordelte herboendes oppholdsgrunnlag seg slik:¹⁰

34 % norsk eller nordisk borger (inkl. norske borgere med utenlandsk bakgrunn)

32 % arbeidstillatelse

13 % bosettingstillatelse

10 % asyl

7 % familiegjenforening

4 % andre/ikke registrert

Familiegjenforening har også en side mot de øvrige oppholdsgrunnlag i den forstand at underholdskravet varierer med hva slags oppholdsstatus herboende familiemedlem har. For de nærmeste familiemedlemmer som kan få familiegjenforening på grunnlag av ul. § 9 er hovedregelen at underholdet skal være sikret, men det er en flere unntak basert på herboendes oppholdsstatus i Norge, jf. uf. § 25 tredje og fjerde ledd. Det er ingen unntak

¹⁰ Tall og fakta 2006, UDI

fra underholdskravet basert på forhold på søkerens side som i seg sjøl medfører unntak fra underholdskravet, som for eksempel det forhold at søkeren er barn.

1.6 Videre framstilling

I kap. 2 vil vi redegjøre for den rettssosiologiske metoden vi har benyttet i forbindelse med datainnsamling og analysing av forvaltningspraksis. I kap. 3 gjør vi rede for rettsgrunnlaget og den juridiske metoden for vår problemstilling. I kap. 4 presenterer vi saksbehandlingsreglene for familiegjeforening, og reglene for styring av utlendingsforvaltningen.

Saksutvalget for undersøkelsen blir presentert i kap. 5. Her redegjør vi også kort for søkerens anførsler og for bruk av rettshjelp.

Våre funn blir presentert i kap. 6 og 7. I kap. 6 analyserer vi datamaterialet og gjør vurderinger av forvaltningens skjønnsutøvelse. I kap. 7 gjør vi rede for våre forvaltningsrettslige funn knyttet til likebehandling, begrunnelsesplikt og utredningsplikt. Vi drøfter også grensene for forvaltningens frie skjønn.

Avslutningsvis kommer vi i kap. 8 med synspunkter og forslag vedrørende underholdskrav i familiegjeforeningssaker mellom barn og deres omsorgspersoner.

2 METODE I UNDERSØKELSEN

2.1 Innledning

For å analysere hva utlendingsforvaltningen legger i begrepet ”særlig sterke menneskelige hensyn”, har vi benyttet både kvalitative og kvantitative forskningsmetoder. Våre analyseenheter omfatter saksbehandling, hvor vi har gått igjennom 115 vedtak, samt 11 intervjuer av ansatte i utlendingsforvaltningen (hvorav ett besvart skriftlig). I dette kapittelet presenterer vi den rettsosiologiske metoden for datainnsamling og analyse. Nærmere om rettskildene og den juridiske metoden kommer i neste kapittel.

2.2 Datainnsamling

2.2.1 Innledning

For å systematisere dataene fra vedtak og saksdokumenter, brukte vi statistikkverktøyet NSDstat Pro. Med dette programmet kunne vi hente fram og koble data. På forhånd utarbeidet vi et utkast til skjema for innhenting av opplysninger, basert på vår erfaring fra Juss-Buss og kjennskap til de vurderingene som skjønnsutøvelsen innebærer. Vi lagde egne variabler med hensyn til faktaopplysninger om søkerne/klagerne, for eksempel alder, land, kjønn, samt variabler som omhandlet rettshjelpere, søkerne/klagernes anførsler og utlendingsforvaltningens skjønn.

Vi benyttet oss av to datasett i NSDstat Pro, henholdsvis for saker med vedtak fattet i 2006 og i 2005. Begge datasettene hadde like variabler¹¹. Etter å ha registrert noen saker i

¹¹ Vedlegg 1

NSDstat Pro, justerte vi og endret enkelte av variablene. Vi brukte 84 variabler som bestod av lukkede spørsmål med svaralternativer.

I tillegg til å registrere datamaterialet i NSDstat, supplerte vi med utfyllende opplysninger i hver enkelt sak i et Word-dokument. Dette innebar både et kort saksreferat, samt sitater fra vedtakene.

For å supplere funnene i vedtakene, gjennomførte vi også intervjuer¹² av 11 ansatte i utlendingsforvaltningen. Spørsmålene dreide seg i hovedsak om regelverk og vurdering av utlendingsmyndighetenes praksis. Vår hovedkilde for avhandlingen er vedtakene og de andre saksdokumentene. Intervjuenes primære funksjon var å utfylle vår tolkning av funn i saksdokumentene.

2.2.1 Saksutvalg

Vilkåret i uf. § 25 tredje ledd, tredje punktum, ”særlig sterke menneskelige hensyn”, gjelder uavhengig av om den som søker familiegjennforening er barn eller voksen. For å avgrense antall saker, valgte vi å konsentrere oss om saker hvor barn uten foreldre i hjemlandet/oppholdslandet søker familiegjennforening med omsorgspersoner med oppholdstillatelse i Norge.

Hvor mange saker innenfor denne problemstillingen som blir behandlet årlig i utlendingsforvaltningen var umulig å finne. Registreringssystemet for utlendinger som søker oppholdstillatelse i Norge, det såkalte DUF-systemet¹³, registrer ikke saker etter unntaksbestemmelsen for underholds kravet. Databasen kunne heller ikke benyttes for å identifisere saker som omhandlet barn i relasjon til denne unntaksbestemmelsen, se mer om uttrekk av saker nedenfor.

¹² Se intervjuguide i vedlegg 2

¹³ Datasystemet for Utlendings- og Flyktningssaker. Se for øvrig punkt 8.3.

Siden problemstillingen vår er klart spesifisert, og antall saker dette gjelder er forholdsvis få¹⁴, var det lite hensiktsmessig for oss å avgrense saker ut ifra land eller andre kriterier.

2.2.1.1 UDI

På grunn av de ovenfor nevnte problemene med å finne saker innenfor vår problemstilling hos UDI, fikk vi en ansatt ved UDIs enhet for statistikk og analyse, som var med på uttrekket, til å forklare hvordan de valgte ut de sakene vi endte opp med. Vedkommende forklarte det slik¹⁵:

Om uttrekk av saker:

Uttrekket av saker var dessverre mye mer komplisert enn det som var forventet. Det var ikke mulig å filtrere saker etter de kriteriene som var oppsatt på forhånd. Det var ikke mulig å finne saker som hadde blitt vurdert etter uf § 25 3 siste punkt. Det var heller ikke mulig å bruke databasen for å avgjøre om et barn som søker har omsorgspersoner i hjemlandet eller ikke. Grunnet manglende registreringer var det ikke mulig å kun bruke databaseuttrekk alene for å finne de riktige sakene.

Uttrekket ble gjennomført i to trinn. Det første trinnet ble gjennomført ved hjelp av databaseuttrekk fra DUF (Database for utlendings- og flyktningsaker). Det andre trinnet ble gjennomført ved å slå opp saker for å finne fram til de som er relevante for oppgaven.

1. Uttrekk fra databasen

For å begrense søket tok vi utgangspunkt i saker fra 2006. Det ble også tatt utgangspunkt i saker som har fått vedtak etter uf § 23 1 c eller uf § 23 1 e. Det ble først filtrert etter saker som fikk vedtak fattet i UDI og hvor underholdskravet ikke var oppfylt.

Mange av sakene var søknader om fornyelse av eksisterende tillatelser, derfor ble det gjort en avgrensning hvor vi bare så på personer som fikk sin første sak i UDI opprettet i 2006. På denne måten vil saker som sannsynligvis var fornyelser utelatt.

Uttrekket inneholdt mange saker som ikke var relevante som ikke var mulig å skille fra de som var relevante med hjelp av databaseuttrekk. Det er heller ingen garanti for at utvalget inneholder alle relevante saker. Det er blitt gjort mange uttrekk fra databasen, men det viste seg at mange

¹⁴ I følge Beate Holter og Kari Stokkeland (begge UDI) i møte av 15.10.07.

¹⁵ I e-post sendt til oss 30.11.07

av de andre uttrekkene ikke var like treffsikre som den skissert ovenfor.

2. Manuell sortering

Etter uttrekket fra databasen var gjennomført ble listene over saker gjennomgått manuelt av saksbehandlere i oppholdsavdelingen. Her ble det gjort en manuell siling for på best mulig skille de sakene som oppfylte kriteriene fra de som ikke gjorde det.

2.2.1.2 UNE

Siden UNE er ankeinstans, er saksmengden vesentlig mindre i omfang enn hos UDI, og vi kunne derfor gå igjennom alle familiegjeforeningssaker for 2005 og 2006, og sjøl velge ut de sakene som falt innenfor vår problemstilling. UNE har permer med alle vedtakene delt inn etter oppholdstillatelse, f.eks. uf. § 23 bokstav c. De har også en egen perm for saker hvor ”særlig sterke menneskelige hensyn” blir vurdert. De skiller riktignok ikke mellom voksne og barn, men siden omfanget er så lite, var det uproblematisk for oss å gå gjennom alle sakene¹⁶.

Når det gjaldt saksutvalget fra UNE, kunne vi derfor gå gjennom alle vedtak fattet i 2005 og 2006 som berørte vår problemstilling. I 2005 fattet UNE 70¹⁷ vedtak innenfor denne problemstillingen, og i 2006 fattet de 49¹⁸ vedtak.

2.2.1.3 Saker

Hos UNE gikk vi igjennom alle familiegjeforeningssaker mellom barn og foreldre som de behandlet i 2005 og 2006. Vi ba deretter om fullstendig innsyn i 52 saker fra 2006 og 80 saker fra 2005, da disse ut ifra vedtaket syntes å falle inn under vår problemstilling. De fleste av saksmappene kunne UNE hente inn fra UDI, men det var også enkelte saksmapper som måtte rekvireres fra politidistriktene. Vi mottok følgelig 34 saker fra 2006, hvorav tre saker falt utenfor problemstillingen vår, enten fordi søker hadde fylt 18 år på søknadstidspunktet eller vedkommende oppholdt seg sammen med mor eller far i

¹⁶ Vi tilbød oss å gjøre det samme hos UDI, men som omtalt i punkt 2.2.3.1, fikk vi ikke tillatelse til dette.

¹⁷ Det er mulig at noen av disse sakene falt utenfor vår problemstilling, men siden vi ikke mottok disse saksmappene er det vanskelig å vurdere.

¹⁸ Tilsvarende forklaring som note 17.

hjemlandet. 11 av sakene fra 2006 kom aldri til UNE, sjøl om de var rekvirert, og 7 av sakene var under behandling hos UDI, slik at det var vanskelig å få innsyn i dem. Vi satt dermed igjen med 31 saker fra 2006.

Når det gjaldt de 80 sakene vi ba om fra 2005, mottok vi 49 saker. Av disse igjen, var det 10 saker som falt utenfor utvalget vårt. Av de 31 sakene vi ikke mottok, var 8 saker under behandling hos UDI, og 23 av de rekvirerte sakene kom aldri inn til nemnda.

Saksmaterialet vårt fra UNE baserer seg dermed på 31 saker fra 2006, og 39 saker fra 2005.

Årsaker til at enkelte av sakene falt utenfor utvalget vårt var blant annet at søker hadde fylt 18 år på søknadstidspunktet, vedkommende søkte i følge med en mor eller far eller at underholdskravet ble oppfylt under behandling av utlendingsmyndighetene.

Som nevnt ovenfor fikk vi bare registrert 10 saker fra uttrekket til UDI. I alle disse sakene fattet UDI vedtak i 2006. Men siden vi også gikk igjennom saker hos UNE, kunne vi i disse saksdokumentene også se hvordan saken var belyst fram til avslag hos UDI. Vi registrerte også disse sakene. Til slutt satt vi derfor igjen med 14 saker hvor UDI hadde fattet vedtak i 2005, og 31 saker hvor UDI hadde fattet vedtak i 2006.

2.2.1.4 Intervju

Hos UDI intervjuet vi 8 personer, herunder fagkoordinatorer, saksbehandlere og underdirektører. Hos UNE intervjuet vi 2 nemndledere. Vi ønsket også å intervju 4 saksbehandlere hos UNE, men dette ønsket ikke saksbehandlerne sjøl. Vi avtalte derfor at en fagkoordinator på oppholdsavdelingen kunne besvare spørsmålene våre skriftlig på vegne av avdelingen. Siden de allerede hadde fått spørsmålene, som i første omgang var en forutsetning for at de ville stille på intervju, hadde de aktuelle intervjuobjektene hos UNE gått igjennom alle spørsmålene i fellesskap på avdelingen. De mente at problemstillingen for avhandlingen oppstod svært sjelden i deres saksbehandling, og at det derfor ville blitt svært mye arbeid for dem å forberede seg til intervjuet.

Intervjuene bestod av åpne spørsmål¹⁹, og metoden vi benyttet var uformell intervjuing²⁰. Spørsmålene var utformet vidt, og vi ba intervjuobjektene *beskrive og fortelle om* ulike vurderinger for å ikke binde dem til ett svar. Med tanke på vår bakgrunn, og kjennskap til feltet fra før, var det viktig for oss å fokusere på at vi ikke stilte ledende spørsmål. Vi fikk førsteamanuensis Leif Petter Olaussen til å lese igjennom spørsmålene før vi tok dem i bruk. Vi tok opp intervjuene med diktafon. Årsaken til at vi gjorde opptak av intervjuene var både av tidshensyn til gjennomføringen av intervjuet, samt av hensyn til etterprøvbareheten for vår sitatbruk og tolkning av intervjuene i avhandlingen. Vi deltok begge to under alle intervjuene. For at intervjusituasjonen skulle bli mest mulig ryddig, og informanten skulle ha en person å forholde seg til, stilte en av oss spørsmål, mens den andre tok notater under intervjuet.

Ved å ha intervjuene på opptak kunne vi unngå at våre informanter ble feilsitert eller feiltolket. Det kan for ettertiden dokumenteres hvilken kontekst ting har blitt sagt, og dermed unngår vi at eventuelle sitater blir tatt ut av sin sammenheng.

Vi utarbeidet en detaljert samtykkeerklæring²¹ til intervjuobjektene, og startet alltid intervjuet med å forklare hvorfor vi gjorde opptak. I tillegg informerte vi intervjuobjektene om at dersom vi skulle benytte sitater fra intervjuene, skulle de få lese igjennom sitatene i den kontekst vi brukte dem i avhandlingen. Vi informerte også om at det ikke ville framgå i avhandlingen hvem som ble intervjuet. Siden noen kan føle det ubehagelig å bli navngitt offentlig, mente vi det var lettere å få noen til å stille på intervju ved å anonymisere dem. I tillegg kunne det at intervjuobjektene ble holdt anonyme føre til at de ble mindre bundet i intervjusituasjonen.

¹⁹ Spørsmål uten forhåndskategoriserte svaralternativer

²⁰ Sigmund Grønmo, *Samfunnsvitenskapelig metode*, 2004, side 59

²¹ Vedlegg 3

2.2.2 Analyse

Gjennom å analysere saker ønsket vi å finne ut hvilke vurderinger utlendingsforvaltningen foretar ved skjønnsutøvelsen etter uf. § 25 tredje ledd tredje punktum. For å kartlegge forvaltningens praksis gikk vi igjennom til sammen 115 saker. I tillegg supplerte vi med 11 intervjuer. Vi har benyttet kvalitative og kvantitative samfunnsvitenskapelige metoder.

En kvantitativ statistisk presentasjon av utvalget fikk vi ved å benytte datamaterialet registrert i NSDstat Pro. På denne måten fikk vi systematisert dataene etter hyppighet; for eksempel med hensyn til hvor mange ganger alder ble lagt avgjørende vekt på i utlendingsforvaltningens skjønnsvurdering.

I den kvalitative innholdsanalysen av vedtakene brukte vi også materialet i NSDstat Pro, men her supplerte vi med våre egne notater i hver enkelt sak. Vi skrev utfyllende om hver sak, i tillegg til registreringen i NSDstat Pro, for å sikre at sakene med like variabler også var sammenlignbare. I tillegg var det vanskelig å få den fullstendige vurderingen til utlendingsforvaltningen gjennom lukkede spørsmål og faste svaralternativ. I den kvalitative analysen analyserte vi hvilke momenter som vektlegges i skjønnsvurderingen. Det kan være f.eks. søkers alder, barnets situasjon i hjemlandet/oppholdslandet eller innvandringspolitiske hensyn. Den kvalitative analysen omfatter også en vurdering av utlendingsforvaltningens begrunnelser i vedtaket.

Også intervjuene danner grunnlag for den kvalitative analysen av sakene. Gjennom intervjuene supplerte vi våre funn fra datamaterialet til sakene.

2.2.3 Innsyn

Vi søkte om innsyn hos Arbeids- og inkluderingsdepartementet (AID) 23.04.07, og ble i brev av 28.09.07 innvilget innsyn i fullstendige saksmapper hos UDI og UNE, samt tillatelse til å foreta intervjuer av ansatte i utlendingsforvaltningen. Søknaden ble også forelagt UDI og UNE for uttalelse. Etter det opplyste hadde ikke UDI et praksisnotat som gjaldt saker som falt innenfor vår problemstilling, men de hadde et internt skriv hvor alder

som moment ble diskutert i forhold til skjønnsvurderingen. Vi fikk tilgang til dette under forutsetning av å ikke sitere fra det. I en av saksmappene hos UNE fant vi et praksisnotat, og fikk tillatelse til å bruke dette. Dette praksisnotatet viste til et eldre internt notat om samme tema, som vi også fikk tilgang til. Forutsetningen for å få tilgang til disse praksisnotatene, var de samme som hos UDI.

Alle sakene vi ønsket innsyn i lå imidlertid ikke i arkivet, og UDI/UNE måtte rekvirere sakene fra de ulike politidistriktene. Dette tok lang tid, og utlendingsforvaltningen måtte purre på flere politidistrikt. Vi bestemte oss for at dersom vi skulle rekke å bli ferdig med analysen av datamaterialet vi allerede satt på, måtte vi sette en stopp for datainnsamlingen 01.02.08, sjøl om vi ikke hadde mottatt alle sakene. Vi hadde da gjennomgått og registrert 115 saker.

2.2.3.1 Spesielt om problemer med innsyn hos UDI:

Vi hadde enkelte problemer med innsyn hos UDI som vi finner grunn til å nevne spesielt. I tillatelsen fra AID ble vi unntatt fra taushetsplikten, og skulle dermed få tilgang til de aktuelle vedtak med tilhørende saksdokumenter. AID samtykket til at det ble dispensert fra taushetsplikten, jf. forvaltningsloven²² (fvl.) § 13 d. Før vi fikk innsyn krevde UDI at vi skulle ha en tillatelse av Personvernombudet for forskning hos Norsk Samfunnsvitenskapelig datatjeneste. Vi søkte om dette, og fikk i vedtak av 14.11.07²³ en tilrådning til at prosjektet skulle gjennomføres. Personvernombudet for forskning vurderte prosjektet til å være regulert av personopplysningsforskriften § 7-27. De viste til at behandlingen av personopplysninger i dokumentanalysen kunne hjemles i personopplysningsloven (pol.) §§ 8 d og 9 h. Disse bestemmelsene omhandler tillatelse for bruk av personopplysninger dersom det skal utføres ”en oppgave av allmenn interesse”, samt at ”behandlingen er nødvendig for historiske, statistiske eller vitenskapelige formål, og samfunnets interesse i at behandlingen finner sted klart overstiger ulempene den kan medføre for den enkelte”. Vi ble også unntatt fra varslingsplikten etter pol. § 20 b, fordi

²² 10 feb. 1967 Lov om forvaltningsmåten i forvaltningssaker

²³ Vedlegg 6

varsling framsto som ”uforholdsmessig vanskelig”. Personvernombudet tilrår i sitt vedtak av 14.11.07 at prosjektet gjennomføres.

Etter at den nødvendige tillatelsen fra Personvernombudet for forskning ble gitt, ventet vi en stund på sakene fra UDI²⁴. På grunn av problemer med uttrekk av saker, hadde vi først en runde hos UDI hvor vi gjennomgikk ca 35 aidentifiserte vedtak for å se om sakene falt innenfor vår problemstilling. 28 av sakene gjorde tilsynelatende det²⁵. UDI insisterte på at alle vedtak og øvrige saksdokumenter skulle aidentifiseres før vi fikk tilgang til dem. Dette innebar at alle navn, nasjonaliteter²⁶, sosialkontor osv. var streket over. Vi fikk kopier av vedtak og saksdokumenter, ikke originalmappene som hos UNE.

12.12.07 fikk vi beskjed om at sakene lå klare hos UDI. Det viste seg at flere av sakene manglet saksdokumenter. I flere av mappene lå bare vedtakene, og i de sakene hvor det lå enkelte andre saksdokumenter, var det tilfeldig hva slags dokumenter dette var. F.eks. fikk vi i enkelte av sakene oversendelsesbrevet til UNE og innkalling til DNA-test som ikke hadde noen betydning for den analysen vi skulle foreta. I få av sakene lå derimot intervjuene av herboende, noe som er av stor betydning for analysen vår. Etter at vi påpekte dette, var UDI enige om at dette var en glipp. De saksdokumentene som ikke lå hos UDI, måtte imidlertid rekvireres på nytt fra ulike politidistrikt, hvilket betydde at vi ikke fikk alle sakene. Grunnen til det var at enkelte politidistrikt brukte svært lang tid på å sende over dokumentene, og noen sendte de ikke over i det hele tatt. Enkelte saker som UNE også rekvirerte fra ulike politidistrikt eller UDI, kom heller aldri inn til UNE. Vi fikk også beskjed om noen av sakene ikke lå i arkivet, dvs. saksomslaget lå registrert der det skulle, men selve saksdokumentene var borte. Vi fikk ingen forklaring på hvorfor saksdokumentene var borte.

²⁴ Se punkt 2.2.1.1 om problemer med uttrekk av saker hos UDI

²⁵ Det var ikke i alle vedtakene mulig å se om barna var med eller uten foreldre i hjemlandet/oppholdslandet, og dermed omfattet av vår problemstilling.

²⁶ Vi fikk kjennskap til nasjonalitet etter at vi påpekte at dette var relevant for skjønsvurderingen.

Av de 28 vedtakene vi gikk igjennom hos UDI, fikk vi registrert 10 saker. 11 av sakene falt utenfor problemstillingen vår, de fleste fordi barna her søkte om familiegjenforening sammen med enten mor eller far som de oppholdt seg sammen med. 7 av sakene mottok vi aldri.

Når det gjelder aidentifisering av sakene fra UDI sin side, er det også verdt å nevne at den i enkelte av sakene var mangelfull. UDI krevde at vi forholdt oss til deres definisjon og tolkning av personopplysningsloven, herunder hvorvidt dokumenter måtte aidentifiseres for at vi skulle få tilgang på dem. Da vi fikk dokumentene etter at UDI hadde foretatt ”aidentifisering” viste deg seg at de ikke hadde overholdt sine egne krav til aidentifisering. Blant annet var DUF-nummeret ikke strøket over i noen av sakene. DUF-nummeret er et personlig kjennetegn på lik linje med et fødselsnummer, og dermed det mest personidentifiserbare kjennetegnet i saksdokumentene.

2.3 Utlendingsforvaltningens tall

I 2005 og 2006, fattet UDI henholdsvis 6571 og 7107 vedtak hvor barn søkte familiegjenforening. Men som tidligere forklart var det vanskelig å finne ut hvor mange av disse sakene som falt inn under vår problemstilling.

I 2005 behandlet UNE 1911 familiegjenforeningssaker, og i 2006 var det tilsvarende tallet 2098. UNE har ikke oversikt over hvor mange av disse som omhandlet barn. Siden vi identifiserte alle sakene hos UNE innenfor vår problemstilling, har vi oversikt over disse tallene. Det var 70²⁷ saker i 2005 og 49²⁸ saker i 2006 som falt innenfor vår problemstilling.

²⁷ Se note 17

²⁸ Se note 17

2.4 Representativitet

Hele saksutvalget vårt er på 115 saker.

Når det gjelder saksutvalget vårt fra UNE, har vi for 2005 gått igjennom ca 56 % av alle sakene som falt innenfor vår problemstilling. Det tilsvarende tallet for 2006 er ca 63 %. Som tidligere nevnt var det noen av sakene som aldri kom inn til nemnda, sjøl om de hadde blitt rekvirert. I tillegg var det enkelte av sakene som var til behandling, og dermed utilgjengelige for oss. Det kan også tenkes at enkelte av disse faktisk falt utenfor vår problemstilling. De sakene vi har analysert er alle sakene vi har mottatt, og vi har således ikke valgt ut enkelte saker etter f.eks. avslag eller innvilgelser.

Når det gjelder den kvalitative analysen for å finne vurderingene som vektlegges i unntaksbestemmelsen, har vi nok saker til å peke på generelle trekk ved vurderingen. Når det gjelder den kvantitative statistiske analysen, skal vi være forsiktige med å generalisere ut ifra denne.

Som tidligere nevnt fikk vi IKT-avdelingen hos UDI til å foreta et uttrekk for å finne saker innenfor vår problemstilling²⁹. På grunn av tidsbruk valgte de kun uttrekk fra saker hvor vedtak var fattet i 2006. Alle disse sakene var innvilgelser. Imidlertid supplerte vi disse med vedtak fattet av UDI både 2006 og 2005 under gjennomgangen vår av UNE sine vedtak. Alle disse sakene var nødvendigvis avslag fra UDI sin side, siden de har blitt anket til UNE, men på denne måten fikk vi også et innblikk i hvilke vurderinger UDI legger til grunn i avslagstilfellene.

På grunn av det lave antallet innvilgelsessaker vi mottok hos UDI (10 saker), er det vanskelig å trekke bestemte konklusjoner knyttet til vurderingen av innvilgelsene. Men sjøl om vi skal være forsiktige med å trekke for mange generelle slutninger fra disse, kan vi imidlertid si noe om hva utlendingsforvaltningen la vekt på i de enkeltsakene som førte til

²⁹ Se punkt 2.2.1.1

at de bestemte seg for å gjøre unntak fra underholdskravet. På denne måten kan vi analysere hvor terskelen ligger og hvilke vurderinger som ligger til grunn i disse sakene.

På grunn av mulige skjevheter i utvalget vårt, valgte vi også å intervju 10 ansatte i forvaltningen. Den primære målsettingen med intervjuene var å rette opp eventuelle feilslutninger vi har tatt basert på vår analyse av saksutvalget.

2.5 Feilkilder

Begge forfatterne har bakgrunn fra Innvandringsgruppa på Juss-Buss, og har jobbet innenfor det utlendingsrettslige feltet gjennom andre kanaler, herunder som nemndmedlemmer i UNE. Dette kan selvfølgelig ha noe å si for *våre tolkninger* av hvilke vurderinger utlendingsforvaltningen legger til grunn i sakene. Vi har forsøkt å være bevisst på dette under hele innsamlings- og skriveprosessen. Når det gjelder innsamlingen av datamaterialet i NSDstat Pro, var denne preget av klare spørsmål og svaralternativer, så eventuelle tolkninger fra vår side skulle ha liten innvirkning på denne prosessen. I tillegg har vi benyttet oss av mange sitater fra vedtakene, slik at det er lettere å etterprøve våre slutninger.

Vi kan ikke utelukke *feilregistreringer* som skyldes menneskelige feil under innsamlingsprosessen. Imidlertid har vi begge sittet sammen i samme rom under innsamlingen, og diskutert med hverandre dersom vi har vært usikre på registreringen. Mange av variablene er også utformet på en slik måte at dersom vi har sammenholdt dem med andre variabler i den enkelte saken, har vi kunnet luke ut feil.

Alle intervjuer vi foretok ble tatt opp med diktafon. På denne måten er det lettere å etterprøve våre tolkninger av deres uttalelser. I tillegg har intervjuobjektene som har blitt sitert i avhandlingen, hatt mulighet til å komme med innvendinger dersom de mener seg feilsitert eller at sitatet er tatt ut av kontekst.

Eventuelle *skjevheter i utvalget* vil også kunne være feilkilder. Dette er imidlertid forsøkt rettet opp gjennom intervjuer av ansatte i utlendingsforvaltningen. Se mer om dette under punkt 2.2.3.4

3 REGELVERK OG JURIDISK METODE

3.1 Innledning

I dette kapitlet presenterer vi gjeldende regelverk for familiegjenforening for den gruppen som faller innenfor vår problemstilling.

Vi presenterer først reglene som sier hvilke barn som kan få familiegjenforening med noen i Norge, reglene om såkalt personkrets. Derneft redegjør vi for rettskildene som regulerer underholdskravet. Her gjør vi også rede for i hvilken grad menneskerettighetene setter grenser for økonomiske vilkår.

3.2 Personkrets

Når det gjelder barna i vår undersøkelse, omfattes de av to ulike personkretser som kan få opphold to ulike rettsgrunnlag:

- Barn som omfattes av ul. § 9, jf. uf. § 22, jf. uf. § 23
- Barn som omfattes av ul. § 8 annet ledd, jf. uf. § 24

3.2.1 Familiegjenforening for barn som omfattes av ul. § 9, jf. uf. § 22 jf. § 23

Ul. § 9 hjemler et rettskrav på familiegjenforening som oppholdsgrunnlag til de nærmeste familiemedlemmer av personer som bor i Norge, forutsatt at vilkårene (deriblant underholdskravet) er oppfylt.

Med de nærmeste familiemedlemmer etter ul. § 9, la Stortinget til grunn³⁰ at det menes ”ektefelle og barn etter nærmere regler.” Dette er blitt nærmere presisert i uf. § 23, jf. § 22.

Når det gjelder de nærmeste familiemedlemmer etter uf. § 23, er det barn med tilknytning til foreldre i Norge som nevnes i uf § 23 første ledd bokstav c og e som er aktuelle for vår avhandling:

Ul. § 9

De nærmeste familiemedlemmer til norsk eller nordisk borger som er bosatt i riket eller til utlending som har eller får lovlig opphold i riket med arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse uten begrensninger, har etter søknad rett til arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse dersom det ikke foreligger omstendigheter som nevnt i § 8 første ledd nr. 3. Som hovedregel må underhold være sikret. Kongen kan gi nærmere regler ved forskrift.

Uf. § 23

Som nærmeste familiemedlemmer, jfr. § 22, regnes:

(...)

c) barn, jfr. annet ledd, når begge foreldrene har eller får lovlig opphold i riket,
(...)

e) barn, jfr. annet ledd, når bare én av foreldrene bor i riket, med mindre hensynet til barnets beste taler mot at det får opphold her. Det er et vilkår at herboende har (del i) foreldreansvaret. Er foreldreansvaret delt, må samtykke som hovedregel foreligge fra den andre av foreldrene. Barn over 12 år skal gis anledning til å uttale seg. Dersom herboende har mer enn én ektefelle, kan oppholdstillatelse bare gis til mer enn ett barn når de er helsøsken

Barn er definert som person under 18 år uten ektefelle eller samboer, og skjæringspunktet er tidspunktet da søknad med alle nødvendige vedlegg og opplysninger kommer inn til vedtaksmyndigheten, jf. uf. § 23 annet ledd.

3.2.2 Familiegjenforening for barn som omfattes av ul. § 8 annet ledd, jf. uf. § 24

I tillegg til de nærmeste familiemedlemmer i ul. § 9, kan det etter skjønn gis familiegjenforening til en noe mer perifer gruppe personer etter ul. § 8 annet ledd. Disse

³⁰ Innst. O nr. 92 (1987-1988) side 9

har ikke rettskrav på oppholdstillatelse. Dersom man faller inn under den personkrets som spesifiseres i uf. § 24 første ledd, vil tilknytningen vanligvis regnes som så sterk at oppholdstillatelse innvilges når vilkårene er oppfylt, med mindre det foreligger forhold som taler mot innvilgelse. I tillegg kan det innvilges oppholdstillatelse på grunnlag av sterke menneskelige hensyn etter uf. § 24 annet ledd.

Også i denne personkretsen omfattes barn som er aktuelle i vår undersøkelse, fosterbarn etter uf. § 24 bokstav f og helsøsken etter uf. § 24 bokstav g. Dessuten kan uf. § 24 annet ledd kan også omfatte barn:

Uf. § 8 annet ledd:

Når sterke menneskelige hensyn taler for det, eller når utlendingen har særlig tilknytning til riket, kan arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse gis selv om vilkårene ikke er oppfylt. Kongen kan fastsette nærmere regler ved forskrift.

Uf. § 24

Arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse kan etter søknad gis til utlending som har særlig tilknytning til riket, jf. lovens § 8 annet ledd. Det er en forutsetning at underhold og bolig er sikret etter bestemmelsene i §§ 25 og 20. Personer med følgende tilknytning til norsk eller nordisk borger bosatt i riket eller til utlending som har eller får lovlig opphold i riket med bosettingstillatelse eller tillatelse som kan danne grunnlag for bosettingstillatelse, eller til utlending som nevnt i § 21a, anses å ha særlig tilknytning til riket:

(...)

f) fosterbarn, jf. § 23 annet ledd, når det godtgjøres at barnet er etablert medlem av husstanden og at de som utøver foreldreansvaret over barnet, rettmessig gjør dette i henhold til hjemlandets lovgivning. Når barnets biologiske foreldre er i live, må det fremlegges dokumentasjon som bekrefter at foreldreansvaret er overført. Norsk barnevernmyndighet må ha godkjent fosterhjemmet eller foreta en slik godkjenning etter ankomst

g) helsøsken under 18 år uten mor, far eller annen omsorgsperson i hjemlandet eller oppholdslandet og uten mor eller far i annet land. Det er et vilkår at herboende er egnet som omsorgsperson. Uttalelse om dette skal om mulig innhentes fra barneverntjenesten i den kommunen der herboende er bosatt.

Når sterke menneskelige hensyn taler for det, kan arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse i medhold av lovens § 8 annet ledd også gis til familiemedlem og lignende som ikke faller inn under første ledd eller § 23.

3.3 Underholdskrav - rettskilder

3.3.1 Lov og forskrift

Det er naturlig å ta utgangspunkt i lovteksten som rettskildefaktor. En klar lovtekst vil normalt være en tungtveiende rettskildefaktor.

I følge ul. § 9, jf. uf. § 22 første ledd annet punktum er underholdskravet hovedregelen ved familiegjenforening for de nærmeste familiemedlemmer. Bestemmelsen overlater nærmere reguleringer til forskriften, deriblant unntak fra hovedregelen.

For søkere som faller inn under personkretsen i uf. § 24 (fosterbarn, helsøsken og barn som får opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn) oppstilles tilsvarende underholdskrav, jf. ul. § 8 første ledd nr. 1, jf. uf. § 24 første ledd annet punktum. For disse stilles det i tillegg et krav om at herboende har tilfredsstillende bolig, men dette kravet går ikke vi nærmere inn på.

For personkrets etter både uf. § 23, jf. uf. § 22 og uf. § 24 vises det til uf. § 25 som omhandler underholdskravet:

§ 25. Underholdskravet etter bestemmelsene i § 22 og § 24.

Når tillatelse søkes etter bestemmelsene i § 22 eller § 24, må underholdet være sikret³¹ for den tid søknaden gjelder, med de unntak som følger av fjerde ledd.

Underholdet anses å være sikret når søkeren fyller vilkårene etter § 19, når hovedpersonen kan forsørge søkeren gjennom bestemmelsene i § 19 eller gjennom en kombinasjon. Når søkeren er ektefelle eller samboer til herboende, jf. § 23 første ledd bokstav a og b og § 24 første ledd bokstav b, eller skal inngå ekteskap med herboende etter innreisen, jf. § 24 første ledd bokstav a, skal underholdskravet oppfylles av hovedpersonen når en av partene er under 23 år. Ytelser etter lov av 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven) regnes som arbeidsinntekt. Eventuelle ytelser etter lov av 8. mars 2002 nr. 4 om barnetrygd (barnetrygdloven) medregnes også. Fyller søkeren kravene for å få arbeidstillatelse etter § 22 og det foreligger et konkret arbeidstilbud, tas den forventede inntekten med i vurderingen av om underholdskravet er oppfylt.

Selv om underholdskravet ikke er oppfylt, kan tillatelse likevel³² gis når søkeren er barn til norsk borger bosatt i riket, jf. § 23 første ledd bokstav c og e. Likeledes kan tillatelse gis når søkeren er ektefelle eller samboer til norsk borger bosatt i riket, jf. § 23 første ledd bokstav a og b, forutsatt at begge parter har fylt 23 år. Tillatelse kan også gis når andre særlig sterke menneskelige hensyn tilsier det.³³

Når tillatelse søkes etter bestemmelsene i § 22, jf. § 23, stilles det ikke krav om sikret underhold når søkeren

a) er ektefelle, samboer eller barn, jf. § 23 første ledd bokstav a, b, c og e, av hovedperson som har fått innvilget asyl eller har fått arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse etter lovens § 22 fjerde ledd. Det er en forutsetning at ekteskapet er inngått før hovedpersonen reiste inn i riket,

b) Faller inn under § 23 første ledd bokstav g, h, i eller j, eller

³¹ Vår utheving

³² Vår utheving

³³ Vår utheving

c) er ektefelle, samboer eller barn, jf. § 23 første ledd bokstav a, b, c og e, av nordisk borger bosatt i riket de siste tre år eller av utlending bosatt i riket med bosettingstillatelse. For tillatelse til ektefelle eller samboer er det en forutsetning at partene har vært gift eller samboere i minst tre år, og at begge parter har fylt 23 år.

Når tillatelse søkes etter bestemmelsene i § 22 annet ledd, jfr. § 23, stilles det som hovedregel ikke krav om sikret underhold.

For de nærmeste familiemedlemmene etter uf. § 23, jf. uf. § 22, er det spesifikke grupper som kan eller skal unntas fra underholdskravet, og det er herboendes oppholdsstatus som har betydning for om det gjøres unntak.

De aktuelle unntaksbestemmelsene for barn som søker familiegjennforening med foreldre i Norge er følgende:

Etter uf. § 25 fjerde ledd skal det ikke stilles underholdskrav for barn til herboende som har fått flyktningstatus. Det stilles heller ikke underholdskrav dersom det er barn av nordisk borger bosatt i riket de siste tre år, eller når herboende har fått bosettingstillatelse.

Etter uf. § 25 tredje ledd kan det gjøres unntak dersom søker er barn som søker familiegjennforening med norsk borger som er bosatt i riket. Denne praktiseres liberalt, slik at det som hovedregel gis unntak.³⁴ Dispensasjonsadgangen skal ikke brukes automatisk, men vanligvis nektes oppholdstillatelse til barn av norsk borger bare dersom det foreligger særlige grunner som taler i mot innvilgelse.

Dersom man ikke faller inn under noen av de spesifikke unntakene fra underholdskravet, skal det vurderes om det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn for å dispensere fra underholdskravet, jf. uf. § 25 tredje ledd tredje punktum. Særlig sterke menneskelige hensyn er en dispensasjonshjemmel som vurderes for personkrets etter både uf. §§ 23 og 24. For fosterbarn, helsøsken og de som kan få opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn etter uf. § 24, er særlig sterke menneskelige hensyn den eneste hjemmelen for å dispensere fra underholdskravet.

³⁴ Rundskriv UDI 03-06 OPA

Lovens generelle forutsetning om at underholdskravet må være oppfylt, setter allikevel en ramme for hvor omfattende unntak man kan gjøre i forskriften, og for praktiseringen av forvaltningens skjønn særlig sterke menneskelige hensyn.

3.3.2 Rundskriv

Rundskriv UDI 03-06 OPA inneholder nærmere retningslinjer som skal legges til grunn om underholdskravet i saker om familiegjenforening. Rundskriv som retningslinjer for skjønnsutøvelsen tillegges betydelig vekt i saksbehandlingen. For vår problemstilling gir det nevnte rundskrivet liten veiledning for tolkingen av særlig sterke menneskelige hensyn.

Retningslinjene i rundskrivet punkt V B sier at når det gjelder bruk av særlig sterke menneskelige hensyn som grunnlag for å dispensere fra underholdskravet, kan det dispenseres etter en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Rundskrivet presiserer at det skal svært mye til for å dispensere fra vilkåret om underhold, og at ulike velferdshensyn skal veies opp mot de innvandringspolitiske hensyn.

Rundskrivet viser til at i vurderingen av om det skal dispenseres på grunn av særlig sterke menneskelige hensyn, er de momenter som taler imot å dispensere for barn av norsk borger etter uf. § 25 tredje ledd første alternativ, også momenter som taler sterkt imot å innvilge etter særlig sterke menneskelige hensyn. Momentene som listes opp i rundskrivets punkt V B nr. 1 er det særlig punkt 5 og 7 som kan være aktuelle for barn i vår avhandling:

5. Det er grunn til å tvile på søkerens identitet

7. Når det foreligger andre særlige grunner for ikke å dispensere

Andre særlige grunner kan være mye, og det presiseres at oppstillingen ikke er uttømmende. Aktuelle momenter man kan tenke seg er for eksempel at forelder i Norge mangler omsorgsevne, har store rusproblemer etc. Men sjøl om disse momentene taler sterkt i mot innvilgelse, utelukker de ikke dispensasjon på grunn av særlig sterke menneskelige hensyn.

3.3.3 Forarbeider

Lovgiver gir uttrykk for hensikten bak bestemmelsen, eller bidrar til å øke forståelsen av lovens regler og forskrifter, gjennom forarbeidene. I norsk rettskildelære regnes det som svært relevant ut ifra et demokratisk synspunkt å vektlegge lovgivers synspunkter slik de kommer til uttrykk i forarbeidene. Forarbeidendes rettskildemessige vekt kan derfor være betydelig når de gir uttrykk for en klar lovgivervilje.

Utlendingsretten er et rettsområde med sterke politiske føringer, og forarbeidene har derfor stor betydning for tolking av regelverk. Det er også et dynamisk område med stadige lov- og forskriftsendringer, som også medfører stadig nye forarbeider.

For vår problemstilling sier forarbeidene en del om underholdskravet generelt, men lite om hvordan skjønnsvurderingen særlig sterke menneskelige hensyn skal praktiseres. For tolkingen har likevel de generelle føringer vedrørende underholdskravet som forarbeidene gir uttrykk for, betydning for tolkingen av unntaksbestemmelsen.

Når det gjelder underholdskravet i gjeldende utlendingslov, gir lovgiveren klart uttrykk for at underholdskrav som hovedregel skal være et grunnleggende vilkår for oppholdstillatelse, også ved familiejenforening.

Bolig- og underholdskrav ble foreslått lovfestet av utvalget som la fram forslag til gjeldende utlendingslov, i NOU 1983:47 Ny fremmedlov. Før gjeldende lov var dette kun nedfelt i forskrifts form, men allikevel sett på som et etablert krav. Utvalget mente det var ryddigst å ha hovedregelen nedfelt i loven, men henviste til forskriftene for nærmere bestemmelser.

Departementet tilsluttet seg utvalgets forslag om at underhold og bolig skal være sikret, og at dette framheves som grunnleggende vilkår i lovteksten, Ot.prp. nr. 46 (1986-1987):

”Ved å lovfeste vilkårene om sikret underhold og bolig, fremheves de som grunnleggende vilkår. Dette tjener til å fastlegge som et innvandringspolitisk utgangspunkt er at

innvandrere – med unntak av flyktninger – skal være i stand til å klare seg økonomisk i Norge for at de skal gis adgang til opphold her. Det å ha bolig er en så viktig del av forsørgelsesspørsmålet at det er satt opp som eget vilkår ved siden av kravet om sikret underhold. Selvforsørgelsesplikten har vært et utgangspunkt for vår fremmedpolitikk både før og etter innføringen av innvandringsstoppen, og en går ut i fra at det ikke er aktuelt å gjøre noen endring i dette.”³⁵

Lovgiver velger allikevel å moderere forsørgelsesplikten for de nærmeste familiemedlemmer, ved at boligkravet ikke oppstilles som vilkår for de som får familiegjengforening på grunnlag av ul. § 9, jf. uf. §§ 22 og 23. Dette er dermed et unntak for det generelle boligkravet som gjelder ved innvilgelse av oppholdstillatelse i § 8 første ledd nr. 1. I Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) begrunnes dette med at ”*dette vilkåret kan fremstå som problematisk både fra et søkersynspunkt og sett fra kontrollmyndighetenes side. Anvendt på familiegjengforeningssaker vil disse problemene i flere henseender fremstå i forstøttet utgave. Å stille krav om og føre kontroll med boligforholdene når et medlem av familien først er etablert, har i det hele vist seg å medføre så vidt mange uheldige sider at departementet ikke finner å burde opprettholde kravet.*”³⁶

Når det gjelder underholdskravet åpner lovgiver for en viss fleksibilitet i forhold til de nærmeste familiemedlemmer som ektefelle og mindreårige barn. I Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) gir departementet uttrykk for at sikret underhold bør være et krav for å få opphold på familiegjengforening, men at det ikke videre er gitt at kravet til underhold skal ha det samme innholdet i alle relasjoner når det er snakk om familiemedlemmer, sammenlignet med de som får opphold på selvstendig grunnlag.³⁷ Stortinget slutter seg til departementets vurderinger når det gjelder underholdskravet.³⁸

³⁵ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) side 56

³⁶ ibid side 66

³⁷ l.c.

³⁸ Innst. O. nr. 92 (1987-1988)

3.3.4 Lovens formål

Lovens formål vil kunne si noe om hvordan bestemmelsene og forskriften skal tolkes, og tillegges generelt mye vekt som rettskildefaktor, særlig på forvaltningsrettens område³⁹.

Særlig med hensyn til bestemmelser av skjønnsmessig karakter, som vår problemstilling, kan lovens formål gi en veiledning på hvordan skjønnnet bør utøves. Ul. § 2 angir hva som skal være lovens formål:

Ul. § 2

«Loven skal gi grunnlag for kontroll med inn og utreise og med utlendingers opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk.

Loven skal ivareta rettssikkerheten til utlendinger som reiser inn i eller ut av riket, som oppholder seg her eller som søker en tillatelse etter loven.

Loven skal gi grunnlag for vern mot forfølgelse for flyktninger og andre utlendinger som er forfulgt.»

I forarbeidene⁴⁰ til gjeldende utlendingslov presiserer departementet at formålsbestemmelsen ikke er uttømmende, men at hensikten er å angi lovens viktigste formål.

Bestemmelsen i uf. § 25 tredje ledd siste punktum gir forvaltningen en skjønnsmessig adgang til å gjøre unntak for underholdskravet dersom det foreligger ”særlig sterke menneskelige hensyn”. Utlendingslovens formålsbestemmelse gir ikke i seg sjøl noen konkret veiledning på hvordan dette skjønnnet skal tolkes, utover at det skal være ”i samsvar med norsk innvandringspolitikk” (også kalt innvandringspolitiske hensyn⁴¹) og at den ”skal ivareta rettssikkerheten til utlendinger”. Formålet har begrenset rettskildemessige relevans, da andre rettskildefaktorer kan si noe mer konkret om skjønnsutøvelsen.

³⁹ Boe, Erik, *Innføring i Juss – Juridisk tenkning og rettskildeelære*, 1996, side 243

⁴⁰ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) side 27

⁴¹ Se punkt 6.12 om innvandringspolitiske hensyn

I utkast til ny utlendingslov⁴² sier departementet sjøl at lovens formål vil ha begrenset praktisk betydning når de ulike hensyn som skal ivaretas, veies opp mot hverandre. I forslaget videreføres i stor grad innholdet i dagens bestemmelse.

Det er vanskelig å definere begrepet ”særlig sterke menneskelige hensyn” nærmere ved å se på lovens angitte formål. Formålsbestemmelsen viser til norsk innvandringspolitikk, og er således en dynamisk bestemmelse hvis innhold endrer seg i takt med meldinger og proposisjoner som den til enhver sittende regjering legger fram for Stortinget.

3.3.5 Praksis

Forvaltningspraksis er en viktig rettskildefaktor, som særlig kan ha betydning hvor det oppstår tolkningstvil⁴³. Innenfor utlendingsrettens område er praksis fra forvaltningen av stor betydning for tolking av skjønsmessige bestemmelser. Bestemmelsen i uf. § 25 tredje ledd tredje punktum om ”særlig sterke menneskelige hensyn” er i stor grad en skjønsmessig bestemmelse, og praksisen til UDI og UNE er her av stor betydning for å fastslå nærmere hva som ligger i denne vurderingen.

Utlendingsforvaltningens praksis er vanskelig tilgjengelig da avgjørelsene er unntatt offentligheten. UNE har anonymisert enkelte av sine avgjørelser, og disse er gjort tilgjengelig for allmennheten på UNEs praksisbase⁴⁴. UNE har også laget enkelte praksisnotat som er åpent tilgjengelig. De har blant annet laget et praksisnotat ”Betydningen av ”barnets beste” i asylsaker”⁴⁵, som også kan være relevant i forhold til barnets beste-vurderingen hva gjelder særlig sterke menneskelige hensyn. Det utarbeides også interne praksisnotater som er unntatt offentlighet.

⁴² Ot prp.nr. 75 (2006-2007) side 43

⁴³ Boe, op.cit. side 269

⁴⁴ <http://www.une.no>

⁴⁵ <http://www.une.no>, praksisnotat av 11.04.07.

UDI nevner sjøl noen eksempler på hva som skal til for å dispensere fra hovedregelen om sikret underhold når særlig sterke menneskelige hensyn taler for det, i bakgrunnsnotatet⁴⁶ til deres vårkonferanse i 2006. Her sier de at:

”man åpner for å dispensere hvis man ser at resultatet blir svært urimelig i saken. Samtidig kan en liberal bruk av dispensasjon kunne uthule bestemmelsene. UDI må gjøre en helhetsvurdering. I vurderingen av om særlig sterke menneskelige grunner tilsier dispensasjon fra underholdskravet, vil sentrale momenter være om barnet har andre omsorgspersoner i hjemlandet, barnets helsesituasjon etc..”.

Et slikt bakgrunnsnotat er i seg sjøl ikke en rettskildefaktor etter tradisjonell rettskildelære. Imidlertid er notatet et uttrykk for hvordan forvaltningen sjøl ser på sin egen praksis, og hvordan de sjøl vurderer og tolker gjeldende rettskilder som omhandler barnets beste, og vil dermed være av interesse.

Vi har ikke funnet rettspraksis vedrørende særlig sterke menneskelige hensyn som vilkår for å dispensere for underholdskravet. En av grunnene til dette kan være domstolenes begrensede mulighet til å overprøve forvaltningens frie skjønn⁴⁷, og særlig på områder som er så politisk betent som på utlendingsrettens område. En annen grunn kan også være den begrensede adgangen utlendinger ofte har for å få prøvd disse sakene for retten. Da tenker vi først og fremst på den restriktive praktiseringen for å falle inn under den offentlige fri rettshjelpsordningen, samt det faktum at mange av disse utlendingene ikke har økonomisk mulighet til å benytte seg av advokat.

Det finnes likevel noe rettspraksis⁴⁸ vedrørende sterke menneskelige hensyn som oppholdsgrunnlag som kan ha betydning for tolkningen av særlig sterke menneskelige

⁴⁶ ”Barnets beste og regulert innvandring – en motsetning?”, Bakgrunnsnotat til UDIs vårkonferanse 2006, <http://www.udi.no/templates/Page.aspx?id=8201>

⁴⁷ Se punkt 7.6

⁴⁸ Bl.a. Rt. 1997 s. 1784, Rt. 2003 s. 1287, LB-2007-35224

hensyn. Det finnes en del rettspraksis⁴⁹ om barnets beste-vurderingen i innenfor flere rettsområder, og enkelte av disse vil også kunne kaste lys over vurderingen av ”særlig sterke menneskelige hensyn”.

Uttalelser fra Sivilombudsmannen har ingen bindende virkning overfor forvaltningen. I tradisjonell rettskildelære legges det vekt på at forvaltningsorganene likevel retter seg etter uttalelser fra Sivilombudsmannen. Når det gjelder utlendingsretten finnes det imidlertid flere eksempler på at dette ikke er tilfelle. Sivilombudsmannen har ikke kommet med en uttalelse i saker eksplisitt omhandler særlig sterke menneskelige hensyn.

3.3.6 Reelle hensyn

Reelle hensyn er rimelighetshensyn, eller vurderinger av resultatets godhet. Adgangen til å dispensere fra underholdskravet på grunnlag av særlig sterke menneskelige hensyn, uf. § 25 tredje ledd tredje punktum, forskriftsfester bruk av en type reelle hensyn lovgiver mener kvalifiserer til å fravike underholdskravet. Når det vil være svært urimelig å avslå fordi underholdskravet ikke er oppfylt, tilsier de nevnte reelle hensyn at oppholdstillatelse kan innvilges likevel.

I saker hvor sterke reelle hensyn gjør seg gjeldende, vil disse kunne ha avgjørende vekt. I forhold til underholdskravet kan særlig sterke menneskelige hensyn tilsidesette hovedregelen om underhold dersom de reelle hensyn tilsier dette. Men de reelle hensyn skal være ”særlig sterke”, og bestemmelsen skal vurderes mot at det foreligger en hovedregel og dermed praktiseres som en snever unntaksbestemmelse. Andre reelle hensyn, som de innvandringspolitiske hensyn, skal også vektlegges og taler for motsatt løsning enn de menneskelige hensyn.

⁴⁹ Se f.eks. Rt 2005 s. 229

3.3.7 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen og EMD-praksis

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) er inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven⁵⁰. Den bestemmelsen i EMK som er særlig aktuell ved vurderingen av ul. § 25 tredje ledd siste punktum, er art. 8. EMK art. 8 lyder som følger i norsk oversettelse:

”1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden og kriminalitet, for å beskytte helse og moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.”.

Vi har ikke funnet eksempler på saker som har vært oppe for EMD som omhandler retten for et medlemsland å sette økonomiske betingelser for retten til familiegjengenforening. Imidlertid uttaler departementet i forarbeidene til ny utlendingslov⁵¹ at:

”I utgangspunktet vil økonomiske betingelser ... ha et legitimt formål og ikke være urimelige, fordi en derved ivaretar det eksisterende fellesskapet (statens) velferd gjennom å motvirke at innvandrere straks blir en økonomisk byrde for det offentlige. Et krav om botid vil generelt virke i samme retning. På den annen side blir det et spørsmål om hvor rigide krav staten kan stille, før et avslag på grunnlag av mangelfull oppfyllelse av økonomiske krav blir uforholdsmessig ettersom tiden går og gjenforening stadig er ønsket, særlig hvis det gjelder en familie som i praksis ikke kan gjenforenes i et annet land.”

Departementet trekker deretter fram at det foreligger for lite praksis fra EMD til at man kan si noe konkret om de vanskelige grensespørsmålene, men konkluderer med at man ”med stor sikkerhet (kan) fastslå at gjeldende norsk praksis ligger trygt innenfor de rammene som følger av EMK art. 8.”

⁵⁰ 21. mai 1999 nr 30 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

⁵¹ Ot prp.nr. 75 (2006-2007) side 183

Dette er også samme formulering Kommunal- og regionaldepartementet⁵² (KRD) legger til grunn i sitt høringsbrev fra 2005⁵³ om gjeninnføring av underholdskravet i familiegjennforeningssaker der herboende har opphold på humanitært grunnlag.

Departementet ba også Lovavdelingen i Justisdepartementet om å vurdere adgangen til å stille økonomiske betingelser for familiegjennforening, og Lovavdelingen kom med en uttalelse hvor de blant annet sier at

”[m]enneskerettighetskonvensjonene legger opp til en meget konkret vurdering basert på fakta i den enkelte sak. Spørsmålet er om det finnes en vesentlig hindring for at familielivet kan utøves i et annet land. Forhold som særlig kan gjøre at opphold må tillates til tross for manglende underhold, er fare for forfølgelse av et eller flere familiemedlemmer i det landet det evt. kan være aktuelt å utøve familielivet i dersom et familiemedlem returnerer, eller at utøvelse av familielivet et annet sted innebærer at barn som er etablert i Norge må flytte. Relevante forhold er ellers bl.a. livssituasjonen til et evt. barn i utlandet som søker om gjennforening med familie i Norge, om familiesplittelsen var frivillig og, som nevnt tidligere, hvor sterk tilknytning den herboende har til riket”.

Sjøl om departementet er mener det ikke er i strid med EMK art. 8 å stille underholdskrav for familiemedlemmer av de som har opphold på humanitært grunnlag, er det uenighet om dette i den juridiske litteraturen⁵⁴. I en artikkel av Terje Einarsen hvor menneskerettigheter og underholdskravet ble diskutert, uttaler han:

”et viktig skille går her (i forhold til en ubetinget rett til familiegjennforening⁵⁵) mellom personer med et beskyttelsesbehov som ikke kan forventes å skulle utøve familielivet i hjemlandet, og utlendinger for øvrig hvor det må foreligge særlige omstendigheter for å gi rett til familiegjennforening. Anerkjennelse av en person som konvensjonsflyktning gir ekstra

⁵² Som på dette tidspunkt hadde ansvar for utlendingsforvaltningen

⁵³ Endringer i utlendingsforskriften – Kravet til underhold i familiegjennforeningssaker og vilkår om sykeforsikring for 9-måneders oppholdstillatelse, høringsbrev fra KRD av 06.05.05

⁵⁴ Einarsen, Terje *Familieinnvandring, tvangsekteskap og politikk*, 2004, Festskrift om Menneskerettigheter til Carl Aage Nørgaard side 65, samt *Utlänningslagstiftning och mänskliga rättigheter*, 2002, Förhandlingarna vid Det 36 nordiske juristmøtet i Helsingfors 15-17 augusti

⁵⁵ Vår forklaring

tyngde til kravet på familiegjensforening, men etter min mening går det menneskerettslig sett ikke her noe avgjørende skille mellom anerkjente flyktninger og andre asylsøkere hvor det de facto er lagt til grunn at beskyttelsesbehovet inngår som en nødvendig betingelse for oppholdsretten”.

Og videre i samme artikkel:

”Har man først akseptert at en person ikke kan returneres til hjemlandet, bør man ikke i neste omgang kunne si at det er opp til vedkommende selv å velge mellom beskyttelse i oppholdslandet og familieliv i hjemlandet, eller oppstille krav om forsørgelse med videre før familiegjensforening kan finne sted”.

Denne vurderingen av EMK art. 8 er senere gjentatt i en annen artikkel av samme forfatter⁵⁶, etter gjeninnføringen av underholdskravet for herboende med opphold på humanitært grunnlag:

”[s]pesielt i forhold til flyktninger og deres familie er det tvilsomt at det kan stilles særlige krav til bolig, sykeforsikring eller stabile økonomiske ressurser for å tillate familiegjensforening.”..”Etter EMKR art. 8 punkt 2 er det med andre ord diskutabelt om slike tilleggskrav under normale forhold kan anses som ”nødvendige i et demokratisk samfunn” i relasjon til flyktninger. Samme argument kan fremføres i forhold til andre enn flyktninger som omfattes av folkerettslig vern mot forfølgelse og umenneskelig behandling.”.

Sjøl om det ikke foreligger konkret praksis fra EMD i forhold til vurderingen av økonomiske betingelser og retten til familieliv, vil likevel domspraksis fra EMD kunne kaste lys over vurderingen av retten til familieliv, og således hvor mye som skal til for at det foreligger konvensjonsbrudd. Av praksis vi kommer nærmere inn på videre i avhandlingen, vil vi nevne Abdulaziz, Cabales og Baklandali mot Storbritannia (1985), Gül

⁵⁶ Einarsen, 2004, side 64

mot Sveits (1994), Ahmut mot Nederland (1993), Tuquabo-Tekle og andre mot Nederland (2005) og Şen mot Nederland (1996).

3.3.8 Barnekonvensjonen

Barnekonvensjonen⁵⁷ er også inkorporert gjennom menneskerettsloven, og er således en del av norsk rett. Barnekonvensjonen har i likhet med EMK forrang foran norsk rett ved motstrid, jf. menneskerettsloven § 3. Barnekonvensjonen har også før den ble inkorporert i menneskerettsloven, vært gjeldende rett på det utlendingsrettslige feltet, jf. ul. § 4.

Barnekonvensjonen gir ikke barn rett på familiegjenforening med sine foreldre. Den sier derfor heller ingenting om hvorvidt man kan stille økonomiske vilkår for gjenforening. Barnekonvensjonen har likevel bestemmelser som det må tas hensyn til i vurderingen av søknader om familiegjenforening.

I følge barnekonvensjonen art. 2 (1) skal "[d]e stater som er part i denne konvensjon, respektere og sikre de rettigheter som er fastsatt i denne konvensjon for ethvert barn *innenfor deres jurisdiksjon*"⁵⁸,[..]" Spørsmålet da blir om barn som søker familiegjenforening med foreldre med oppholdstillatelse i Norge, og som befinner seg i et annet land enn Norge, faller de innenfor Norges jurisdiksjon. I følge Menneskerettighetskomiteen⁵⁹ tolkes "innenfor deres jurisdiksjon" til å gjelde barn som er innenfor medlemslandets grenser eller er borgere i medlemslandet. Det er uttalt at "the use of the term "jurisdiction" indicates that the rights recognized in the CRC are applicable with respect to any child residing or otherwise present in the territory of the State party, whether or not the child is a national of that State"⁶⁰. The only exception is where the CRC explicitly provides otherwise, as in Article 22 dealing with refugee children."

⁵⁷ FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989

⁵⁸ Vår utheving

⁵⁹ Detrick, Sharon, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 1999, side 69

⁶⁰ I.c. som viser til Human Rights Committee, General Comment 21 and General Recommendation adopted by Human Rights Treaty Bodies, UN Doc. HRI/GEN/I. side 34, avsnitt 13 (1992)

I art. 22 (1) sies at:

”Partene skal treffe egnede tiltak for å sikre at et barn som søker flyktningstatus eller som anses som flyktning i samsvar med gjeldende internasjonal eller nasjonal rett og praksis, enten de kommer alene eller er ledsaget av sine foreldre eller av en annen person, får behørig beskyttelse og humanitær hjelp i av utøvelsen rettighetene anerkjent i denne konvensjon og i andre internasjonale instrumenter om menneskerettigheter eller humanitære forhold som vedkommende stater er part i.”

Ser man isolert på ordlyden i art. 22, løser dette problemet i forhold til barn som søker familiegjennforening med foreldre som har fått opphold på asyl. Har derimot foreldrene fått opphold på humanitært grunnlag anses de ikke som flyktning etter norsk lov. Dermed vil heller ikke deres barn være omfattet av barnekonvensjonen art. 22. Men det er på det rene at utlendingsforvaltningen bruker barnekonvensjonen også i saker hvor barn søker familiegjennforening med foreldre som har opphold på humanitært grunnlag uten å problematisere dette nærmere.

Vi har ikke funnet eksempler på at denne problemstillingen har vært diskutert, verken i forarbeidene til nåværende eller kommende utlendingslov, eller i forarbeidene til menneskerettsloven. Heller ikke har vi funnet eksempler på at denne problemstillingen har vært oppe for norske eller internasjonale domstoler. Vi har heller ikke funnet eksempler i den juridisk litteraturen hvor dette har blitt problematisert.⁶¹

Ser man på hensynet bak regelen om å avgrense ansvaret for medlemslandene for barn innenfor deres territorium eller jurisdiksjon, er begrunnelsen for dette at ingen land kan være ansvarlig for alle verdens barn. Imidlertid har man da funnet det riktig å la barn som søker asyl eller har fått asylstatus eller foreldre som søker/har fått asylstatus, omfattes av landenes jurisdiksjon etter barnekonvensjonen. Etter vår mening er det mye som taler for at også barn som søker familiegjennforening med foreldre eller andre omsorgspersoner i Norge, skal omfattes av Norges jurisdiksjon etter barnekonvensjonen. Disse barna er part i

⁶¹ Vi fikk ikke noen treff på basen Westlaw

en sak overfor norske myndigheter. Disse sakene er av stor velferdsmessig betydning. I tillegg har norske myndigheter gitt oppholdstillatelse til disse barnas omsorgspersoner, og etter vår mening vil dermed norske myndigheter ha et visst ansvar for at disse barna kan gjenforenes med sine foreldre, både etter nasjonale og internasjonale bestemmelser. Vi tenker særlig her på barneloven og bestemmelsene om retten til familieliv etter EMK. Også det at norske myndigheter gir oppholdstillatelse til personer som har omsorgsansvar, gjør det påregnelig for norske myndigheter at herboende vil forsøke å få barn som de har omsorg for til Norge.

I tillegg har også norske myndigheter de facto anerkjent at barnekonvensjonen også gjelder for barna innenfor vår problemstilling ved å vise til barnekonvensjonen art. 3 i vedtakene.

Barnekonvensjonen art. 10 regulerer hensynet til barn i familiegjennforeningssaker, og lyder som følger:

”1. I samsvar med partenes forpliktelse etter artikkel 9 nr. 1 skal søknader fra et barn eller dets foreldre om å reise inn i eller ut av en parts territorium *med henblikk på familiegjennforening, behandles av partene på en positiv, human og rask måte*⁶². Partene skal dessuten sikre at fremleggelse av en slik søknad ikke vil få negative følger for søkerne og for medlemmene av deres familie.

2. Hvis foreldrene til et barn bor i forskjellige land, *skal barnet ha rett til, unntatt under særlige omstendigheter, å opprettholde regelmessige, personlige forbindelser og direkte kontakt med begge foreldrene*⁶³. For dette formål og i samsvar med partenes forpliktelse etter artikkel 9 nr. 1 skal partene respektere barnets og dets foreldres rett til å forlate ethvert land, herunder sitt eget, og til å reise inn i sitt eget land. Retten til å forlate ethvert land skal bare være underlagt begrensninger som er fastsatt ved lov og som er nødvendige for å beskytte nasjonal sikkerhet, offentlig orden (ordre public), offentlig helse eller moral eller andres rettigheter og friheter, og som er forenlige med de øvrige rettigheter som er anerkjent i denne konvensjon.”

⁶² Vår utheving

⁶³ Vår utheving

Barnekonvensjonen gir ingen eksplisitt rett til familiegjenforening, og art. 10 er en regel av prosessmessig art som sier noe om saksbehandlingen i familiegjenforeningssaker, og er ikke et uttrykk for materielle rettigheter.

I følge barnekonvensjonen art. 9 (1) skal medlemslandene ”sikre at et barn ikke blir skilt fra sine foreldre mot deres vilje, unntatt når kompetente myndigheter, som er underlagt rettslig prøving, i samsvar med gjeldende lover og saksbehandlingsregler, beslutter at slik atskillelse er nødvendig av hensyn til barnets beste.” Mishandling, vanskjøtsel og skilsmisse er forhold som nevnes i barnekonvensjonen art. 9. Også denne bestemmelsen er av prosessuell karakter, og gir således ikke barn en rett på familiegjenforening.

Barnekonvensjonen art. 3 (1) omtaler prinsippet ”barnets beste” og lyder som følger:

”Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.”

I forarbeidene til barnekonvensjonen⁶⁴ ble det diskutert om man skulle bruke ”*det* (engelsk ”*the*”) grunnleggende hensyn” eller ”*et* (engelsk ”*a*”) grunnleggende hensyn” om betegnelsen ”barnets beste”. Man falt ned på at hensynet til barnets beste skulle være ”et grunnleggende hensyn” (a primary consideration) ved alle handlinger som berører barn. Ordlyden tilsier at også andre hensyn enn barnets beste kan legges vekt på i avgjørelser som gjelder barn.

I følge norske myndigheter⁶⁵ er det ”overlatt til statene å foreta den nærmere avveiningen i de situasjoner hvor hensynet til barnets beste må veies mot andre samfunnsinteresser.” I forarbeidene til ny utlendingslov⁶⁶ sies det at ”*når utlendingsmyndighetene først har tatt hensyn til barnets beste i betraktning i den enkelte sak, gir barnekonvensjonen artikkel 3*

⁶⁴ NOU 2004:20, Ny utlendingslov, side 92 som viser til Technical review of the first reading of the Draft Convention on the Rights of the Child side 10

⁶⁵ Endringer i utlendingsforskriften, høringsbrev fra KRD av 06.05.05

⁶⁶ NOU 2004:20, side 92

ikke direktiver for utfallet av skjønnsutøvelsen. Motstående hensyn som for eksempel hensynet til en kontrollert og regulert innvandring, vil derfor kunne tillegges like stor og endog større vekt”.

Derimot indikerer forarbeidene og kommentarer til barnekonvensjonen at det særlig er hensynet til andre enkeltpersoner som kan gå foran hensynet om barnets beste, for eksempel andres menneskerettigheter⁶⁷. F.eks. er hensynet til barnets beste satt opp mot morens hensyn i medisinske akutsituasjoner brukt som eksempel på dette i forarbeidene. I Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Children⁶⁸ står det at *“[...] there may be competing or conflicting human rights interests, for example between individual children, between different groups of children and between children and adults. The child’s interest, however, must be the subject of active consideration. It needs to be demonstrated that children’s interests have been explored and taken into account as a primary consideration”*.

Innvandringsregulerende hensyn og andre samfunnshensyn er således ikke nevnt som et relevant hensyn som kan få forrang foran hensynet til barnets beste.

3.3.9 Prinsippet om familien som grunnleggende enhet

FN-konvensjonene om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og sivile og politiske rettigheter (SP), er også inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven, og har på lik linje med EMK og barnekonvensjonen forrang foran norsk rett ved motstrid. Både SP og ØSK inneholder bestemmelser som omhandler prinsippet om familien som grunnleggende enhet.

For eksempel sier SP art. 23 (1) at “[f]amilien er den naturlige og grunnleggende samfunnsenhet og har krav på beskyttelse av samfunnet og staten.” Også ØSK har regler

⁶⁷ I følge foredrag av Elisabeth Gording Stang på SMR sitt MR-forum 25-09.07, ”Presentasjon av nytt prosjekt og kort om barnets beste som prinsipp og avveiningsnorm”

⁶⁸ Se side 42 og 43

som har til hensikt å beskytte retten til familieliv. I ØSK art. 10 kommer dette til uttrykk i nr 1:

”Vern og bistand bør i størst mulig utstrekning ytes familien, som er den naturlige og grunnleggende samfunnsenhet, og da særlig i forbindelse med dens stiftelse og mens den er ansvarlig for omsorgen for og utdanningen av barn som ikke forsørger seg selv. Ekteskap må bare inngås med de fremtidige ektefellers frie samtykke.”

Etter ordlyden gir verken ØSK art. 10 (1) eller SP art. 23 (1) gir rett til familiegjenforening. Begge bestemmelsene retter seg inn mot begrensninger for staten i sin utøvelse, og er en beskyttelse for borgerne mot at staten gjør inngrep i familielivet. Imidlertid kan begge bestemmelsene være argumenter for at staten skal treffe positive vedtak i familiegjenforeningssaker. For eksempel vil dette være tilfelle der personer som har fått asyl som oppholdsgrunnlag, søker familiegjenforening med sin nærmeste familie. I disse tilfeller ville det være i strid med folkeretten å sette begrensninger i forhold til familiegjenforening (som for eksempel underholdskravet), fordi det ikke ville være mulig for herboende å etablere familielivet i hjemlandet/oppholdslandet.

Forarbeider og kommentarer til disse bestemmelsene kan dermed være rettskilder som kan kaste lys over vurderingen i utlendingsforskriftens bestemmelse om ”særlig sterke menneskelige hensyn”.

3.4 Skjønnsvurdering⁶⁹

Stor grad av skjønnsbaserte bestemmelser i lov og forskrift var noe man ønsket å redusere ved utarbeidelsen av gjeldende utlendingslov. Mye av kritikken mot den tidligere fremmedlov bestod i at det var stor adgang til bruk av skjønn hos dem som avgjorde sakene, hvilket medførte at det var vanskelig å forutsi sin rettsstilling, og det var fare for

⁶⁹ Se punkt 7.6

forskjellsbehandling. Men utlendingsforvaltningen kan vanskelig bli fri for skjønnsvurderinger, og dagens lov innebærer også utstrakt bruk av skjønnbestemmelser.

Utlendingsforvaltningen praktiserer to ulike skjønn: Rettsanvendelsesskjønn, hvor domstolen har full prøvelsesadgang, og fritt skjønn/hensiktsmessighetsskjønn hvor domstolene ikke har prøvelsesadgang med mindre det foreligger myndighetsmisbruk i form av usaklig forskjellsbehandling, at det er tatt utenforliggende hensyn eller at vedtaket er klart urimelig.⁷⁰

Ved bruk av uf. § 25 tredje ledd tredje punktum er det også et subsumsjonsskjønn, det vil si at det også benyttes skjønn for å ta standpunkt til om det aktuelle saksforhold faller inn under en rettsregel. Det er en skjønnsvurdering om det foreligger det særlig sterke menneskelige hensyn i det aktuelle tilfellet.

Dispensasjonsadgangen i uf. § 25 tredje ledd tredje punktum er et fritt forvaltningsskjønn: Tillatelse *kan* gis når det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn. Sjøl om det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn, kan forvaltningen fortsatt velge å ikke benytte seg av dispensasjonsadgangen.

I vurderingen av om særlig sterke menneskelige hensyn skal medføre dispensasjon fra underholdskravet, foretar forvaltningen en skjønnsvurdering i to omganger:

Subsumsjonsskjønnet: foreligger særlig sterke menneskelige hensyn?

Hvis ja: Skal vi i denne saken dispensere fra underholdskravet?

Det frie forvaltningsskjønnet tillater at skjønnnet praktiseres noe ulikt. Fordi det er en kanbestemmelse, kan forvaltningen i hvert enkelt tilfelle vurdere hvorvidt de ønsker å innvilge eller ikke i den enkelte sak hvor særlig sterke menneskelige hensyn foreligger. For eksempel taler innvandringspolitiske hensyn i mot innvilgelse i et tilfelle fordi tilsvarende forhold gjør seg gjeldende i en rekke saker.

⁷⁰ Se mer hos bl.a. Boe (1993), Graver (1996 og 2007), Eckhoff/Smith (2006), Bernt/Rasmussen (2003)

Når det gjelder det forhold at barn er igjen uten omsorgsperson i hjemlandet, ikke i seg sjøl kvalifiserende for dispensering etter særlig sterke menneskelige hensyn. Hovedregelen om at underholdskravet skal være oppfylt gjelder også for denne gruppen. Hadde lovgiver ment noe annet ville det vært naturlig å forskriftsfeste dette som et unntak sammen med de øvrige spesifikke unntak i uf. § 25 tredje og fjerde ledd. Unntak på grunnlag av det forhold til barn vurderes bare etter tredje ledd tredje punktum om at det må foreligge særlig sterke menneskelige hensyn. Forhold som da generelt gjør seg gjeldende vil da ikke falle inn under det som er en svært snever unntaksbestemmelse. Skjønnnet må utøves ut i fra at det her er en hovedregel om at underholdskravet skal være oppfylt.

Innvandringspolitiske hensyn kommer inn som et viktig element i skjønnsvurderingene som forvaltningen foretar. Fordi like saker bør behandles likt, er det relevant å vurdere mulige konsekvenser av skjønnsutøvelsen. Dersom det er mange i tilsvarende situasjon, kan dette tale i mot å innvilge. Dersom det er en sjelden situasjon, vil ikke innvandringspolitiske hensyn i samme grad tale imot å dispensere fra underholdskravet på skjønnsmessig grunnlag. Hva som er rimelig i det enkelte tilfellet, kan stå i et motsetningsforhold til de overordnede innvandringspolitiske hensyn.

3.5 Sterke menneskelige hensyn og særlig sterke menneskelige hensyn

I vår avhandling dukker den rettslige standarden ”sterke menneskelige hensyn” opp som en unntaksbestemmelse i to sammenhenger: Både i vurdering av oppholdsgrunnlag og underholdskrav, og den brukes i to ulike grader:

- Sterke menneskelige hensyn kan danne grunnlag for oppholdstillatelse når utlendingen ikke oppfyller vilkårene for noen av de øvrige oppholdsgrunnlag, jf. ul. § 8 annet ledd (og uf. § 24 annet ledd).

- *Særlig* sterke menneskelige hensyn som vilkår for unntak for underholdskravet dersom dette ikke er oppfylt, slik at underholdskravet ikke står i veien for innvilgelse, jf. uf. § 25 tredje ledd tredje punktum.

I vurderingene av unntak for både oppholdsgrunnlag og underholdskrav er det samme vurderingstema: de menneskelige hensyn som gjør seg gjeldende i saken. I og med at det kreves *særlig* sterke menneskelige hensyn for å dispensere for underholdskravet, er den rådende oppfatning⁷¹ at terskelen for å dispensere for underholdskravet er høyere enn terskelen for å dispensere for vilkårene for oppholdsgrunnlag. Men sterke menneskelige hensyn regnes som en streng vurdering uansett, og det er vanskelig å peke på hva som i praksis skiller *særlig* sterke menneskelige hensyn fra sterke menneskelige hensyn. Likevel kan ”*særlig*” ha en generelt skjerpende funksjon som minner saksbehandlere på at dispensasjon for underholdskravet er svært strengt.

Lovutvalget for gjeldende utlendingslov foreslo at bestemmelsen tilsvarende dagens § 8 annet ledd om oppholdstillatelse skulle være ”*særlig* sterke menneskelige hensyn”.⁷² I Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) ble ”*særlig*” fjernet, uten at det framkommer klart av forarbeidene om lovgiver hadde til hensikt å senke terskelen, eller om man mente innholdet var det samme:

”Utvalget foreslår videre at tillatelse skal kunne gis uavhengig av reglene i utvalgets § 11 om vilkår for tillatelse, og at det ”skal legges vekt på om utlendingen har særlig tilknytning til riket eller om særlig sterke menneskelige hensyn taler for det”. Departementet er enig i at tillatelse bør kunne gis i slike tilfeller og foreslår dessuten at ”særlig” sløyfes foran ”særlig sterke menneskelige hensyn”. En regel i overensstemmelse med dette er tatt inn som annet ledd i lovutkastet § 8.”

⁷¹ Jf. intervjuer med saksbehandlere. Se mer punkt 6.11.2

⁷² NOU 1983:47 *Ny fremmedlov*, lovforslagets § 12

At særlig sterke menneskelige hensyn krever noe mer enn sterke menneskelige hensyn, ble imidlertid lagt til grunn av departementet i 2004 i forarbeidene⁷³ til endringer i utlendingsloven. Her foreslo departementet å innføre § 38c i utlendingsloven, og hevet terskelen for at UNE kunne omgjøre vedtak ved at det måtte foreligge *særlig* sterke menneskelige hensyn for omgjøring.

I Ot.prp. nr 4 (2004-2005) skriver departementet på side 17:

”Departementet mener videre at enkelte andre saker er av en slik art at omgjøring bør kunne finne sted også her. Dette er bakgrunnen for forslaget om at nemnda skal ha kompetanse til å omgjøre vedtak dersom «særlig sterke menneskelige hensyn» gjør seg gjeldende. Dette innebærer en heving av terskelen for å innvilge arbeids- eller oppholdstillatelse sammenliknet med vilkåret om «sterke menneskelige hensyn» i utlendingsloven § 8 annet ledd. Uttrykket er ment som en sikkerhetsventil for de helt spesielle tilfellene, og det må normalt kreves at situasjonen har endret seg drastisk siden vedtak ble truffet i klageomgangen.”

Sjøl om det her slås fast at terskelen skal ligge høyere for særlig sterke menneskelige hensyn enn for sterke menneskelige hensyn, ble det ikke konkretisert *hva* som kan utgjøre denne forskjellen. Ul. § 38c ble for øvrig opphevet⁷⁴ allerede i 2007, og UNE har nå ordinær omgjøringsadgang etter fvl. § 35.

I forbindelse med opphevelsen bekrefter departementet inntrykket av at det er liten forskjell på særlig sterke og sterke menneskelige hensyn, og at denne er vanskelig å konkretisere hva forskjellen består i. Ot.prp. nr 40 (2006-2007)⁷⁵ kap. 6 står det:

⁷³ Ot.prp. nr 4 (2004-2005) side 17

⁷⁴ LOV 2007-06-01 nr 18. Lov om endringer i utlendingsloven (senking av terskelen for omgjøring av vedtak).

⁷⁵ Ot.prp.nr.40 (2006-2007) Utlendingsloven (senking av terskelen for omgjøring av vedtak) (endringslov)

”Departementet vil understreke at selv om bestemmelsen i § 38 c første ledd oppheves, og terskelen for omgjøring således senkes, skal omgjøring fortsatt være et ekstraordinært middel til bruk i unntakstilfeller. Det legges til grunn at den foreslåtte endringen i så måte ikke vil innebære noen stor justering i forhold til gjeldende rett.”

4 SAKSBEHANDLING I FAMILIEGJENFORENINGSSAKER

I dette kapittelet presenterer vi hvordan saksbehandlingen fungerer i utlendingsforvaltningen, og reglene for politisk styring av praksis.

4.1 Søknadsprosessen

Søknader om familiegjenforening må vanligvis framsettes for norsk utenriksstasjon enten i hjemlandet eller annet oppholdsland, jf. uf. § 11. Det er bare søknader som er framsatt for norsk utenriksstasjon som er relevante for vår problemstilling. Når man søker om familiegjenforening fyller man ut et søknadsskjema, og legger ved eventuelle fødselsattester eller annen dokumentasjon som bekrefter den familiære relasjonen.

Vilkåret om at man må fremme søknaden fra norsk utenriksstasjon, gjelder også for barn som søker familiegjenforening, jf. uf. § 11 tredje ledd. Herboende har som hovedregel ikke myndighet til å fremme søknad i Norge på vegne av sine barn.⁷⁶ Barneloven⁷⁷ § 30 gir foreldre rett og plikt til å ta personlige avgjørelser for barna, og det er ellers vanlig at foreldre eller verge kan utøve barnas partsrettigheter. Det er gjort uttrykkelig unntak for denne hovedregelen når det gjelder framsetting av søknad om familiegjenforening. I 2005 kom det retningslinjer gjennom rundskriv⁷⁸ for hvilke typetilfeller herboende foreldre likevel kan framsette søknad på vegne av barn.

⁷⁶ Dette er kritisert av Sivilombudsmannen, se uttalelse SOMB 2000-47

⁷⁷ 8. april 1981 nr 7 Lov om barn og foreldre (barnelova)

⁷⁸ UDI 2005-037 OPA

Etter at man har framsatt søknad om familiegjenforening, skal herboende referanse og søker kalles inn til intervju. Det kan gå litt tid mellom søknaden er levert og til man blir kalt inn til intervju.

Søknaden og intervjuene, samt andre relevante dokumenter, som for eksempel dokumentasjon på inntekt, er viktige kilder for saksbehandlerne i utlendingsforvaltningen. Både UDI og UNE har i tillegg egne praksisnotater, landinformasjon og interne retningslinjer som de bruker i saksbehandlingen.

Når UDI har mottatt søknaden og andre relevante dokumenter, lages et utkast til vedtak. Det er en saksbehandler som har ansvar for å lage dette utkastet, men vedtaket blir også vurdert av en annen, gjerne mer erfaren, saksbehandler. Dette kalles ”første hånd” og ”annen hånd” internt i UDI⁷⁹. Ved uenighet om utfallet av vedtaket mellom ”første hånd” og ”annen hånd”, går saken til en fagkoordinator. Ved fortsatt er uenighet, vil underdirektøren se på saken. Underdirektøren kan velge å vurdere saken sjøl, eller sende den videre til en praksisgruppe bestående av saksbehandlere og fagkoordinatorer fra alle tre familiegjenforeningsenhetene.

Dersom det er tvil om søkers alder eller familietilknytning til den som vedkommende søker familiegjenforening med, kan alderstester eller DNA-tester foretas for å fastsette alder eller fastslå familierelasjon.

Når vedtak fattes sendes denne til søker, eventuelt til herboende. Dersom søker får avslag på vedtaket og ønsker å klage, skal saken på nytt behandles av UDI etter samme prosedyre som nevnt ovenfor. Opprettholdes avslaget, sendes klagen over til UNE.

Hos UNE er gangen i saksbehandlingen forholdsvis lik den hos UDI. Siden UNE har mange færre saker enn UDI, er det oppholdsavdelingen som jobber med familiegjenforening (og alle andre saker med unntak av asyl). Alle sakene vurderes først av

⁷⁹ Opplysninger om saksbehandlingen er basert på intervjuene med saksbehandlere i UDI

en saksbehandler som lager et utkast til vedtak, som igjen blir vurdert av en mer erfaren saksbehandler. Også i UNE har de fagkoordinatorer som kan spørres ved behov. Utkastene går til nemndlederne, som vurderer om saken skal gå for nemndmøte (med eller uten personlig frammøte), om den saken bør avgjøres av nemndsleder alene eller om saken kan delegeres til sekretariatet. Se nærmere om dette i neste punkt.

Kommer også UNE til at saken skal avslås, kan klager sende inn en omgjøringsbegjæring. En omgjøringsbegjæring er ikke en ny klage, men en anmodning om at nemnda skal vurdere saken en gang til. UNE har generell adgang til å omgjøre sitt vedtak etter fvl. § 35 a. I og med at omstendighetene er vurdert også på vedtakstidspunktet, må det vanligvis foreligge nye omstendigheter av betydning for vedtaket for at det skal bli omgjort.⁸⁰ Det er ingen formell grense for hvor mange omgjøringsbegjæringer man kan prøve.

Man kan også prøve lovmessigheten (gyldigheten) av vedtak fattet både av UDI og UNE for domstolene. Med endringslov 50/2005 ble det også gitt adgang til at departementet kan gå til domstolsprøving av positive UNE-vedtak. Vi vil senere i oppgaven komme med noen betraktninger vedrørende domstolenes prøvelsesrett i forhold til den skjønnsmessige vurderingen ”særlig sterke menneskelige hensyn”.

Det er etablert praksis i utlendingssaker at bare søkeren har partsstatus etter fvl. § 2 første ledd bokstav e. Herboende i familiegjennforeningssaker har ikke partsstatus og partsrettigheter i medhold av fvl. § 2 første ledd bokstav e annet alternativ (den som saken ellers direkte gjelder). Det er bare barna som søkere som har partsstatus i saker vi ser på. I EMD gis derimot også herboende partsstatus i saker om familiegjennforening.

Praksis i utlendingslovgivningen er at herboende heller ikke har rettslig klageinteresse etter fvl. § 28, slik det er beskrevet i Ot.prp. for ny utlendingslov:⁸¹ *”Hvem som kan opptre som klager og ha rettslig klageinteresse har på utlendingsfeltet i det vesentlige korrespondert*

⁸⁰ UNEs adgang til å omgjøre vedtak ble utvidet med virkning fra 1.6.2007, da ul. § 38 c ble opphevet

⁸¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 320-321, JDLOV-2002-10884

med forståelsen av partsbegrepet.” Herboende må derfor ha fullmakt fra søker for å påklage vedtaket. For barn innebærer dette unntak fra normalordningen hjemlet i barneloven § 30 om at foreldre/verge kan opptre på vegne av sine barn.

4.1.1 Særskilt om saksbehandling i UNE

Ved opprettelse av UNE var hensikten at man gjennom en uavhengig klagenemnd, organisert som et domstolsliknende organ med mulighet for personlig frammøte, skulle styrke utlendingers rettssikkerhet og øke tilliten til de vedtak som ble fattet. Det er dermed noen særskilte regler for saksbehandlingen i UNE i ul. §§ 38a-38c.

Det er et lite mindretall av saker som behandles i nemndmøte. Saker som ikke inneholder vesentlige tvilsspørsmål kan etter loven avgjøres av nemndleder alene eller av sekretariatet, og går ikke til nemndbehandling. For familieegjenforeningssaker viser det seg å gjelde 97 % av sakene (2006):

I 2006 ble kun 62 av totalt 2098 saker om familieegjenforening behandlet i nemndmøte. Det er i underkant av 3 % av alle familieegjenforeningssakene hvor UNE fattet vedtak i 2006. Til sammenlikning ble 665 av totalt 6318 asylsaker behandlet i nemndmøte, hvilket utgjør 10,5 % av asylsakene hvor UNE fattet vedtak i 2006⁸². Denne forskjellen kan blant annet forklares med at det i asylsaker oftere er spørsmål knyttet til troverdighet, hvor det er hensiktsmessig å gi klageren anledning til å forklare seg.

Av de 62 familieegjenforeningssakene som ble behandlet i nemndmøte, ble 25 gjort med personlig frammøte, 37 uten personlig frammøte.

⁸² UNEs årbok 2006

I 2005 var antallet familiegjenforeningssaker som ble behandlet for nemndmøte noe lavere: 44 saker, hvor 10 ble avgjort etter personlig frammøte og 34 uten⁸³. Dette utgjorde drøyt to prosent av familiegjenforeningssakene hvor UNE fattet vedtak i 2005 (44 av totalt 1911).

4.1.2 Instruksjonsmyndighet

UNE ble opprettet som klageinstans 1. januar 2001. Før dette var det Justisdepartementet som var klageinstans. Med UNE ble det opprettet et uavhengig klageorgan, hvor departementet ikke lenger skulle avgjøre enkeltsaker. Statsråden eller departementet har ikke anledning til å gripe inn. Det ble lovfestet i ul. § 38 at departementet ikke kan instruere om avgjørelsen av enkeltsaker, verken overfor UDI eller UNE.⁸⁴

Ved etableringen av UNE, ble det også bestemt at verken UDI eller UNE skulle være underlagt instrukser om lovtolking og skjønnsutøvelse fra departementet. Dette ble endret ved endringslov 50/2005. Ul. § 38 ble endret til at det nå bare UNE som ikke er underlagt instrukser om lovtolking og skjønnsutøvelse. Departementet kan derimot gi instrukser om lovtolking og skjønnsutøvelse til de underordnede forvaltningsorganer, det vil si UDI samt politi, utenriksstasjoner og andre som utøver myndighet etter utlendingsloven. Det er lagt til grunn i forarbeidene at instruksjonen bør bestå i generelle og prinsipielle retningslinjer, uten for stor grad av detaljregulering.

Begrunnelsen for lovendringen var at lovgiver etter opprettelsen av det uavhengige klageorganet mente det var oppstått et behov for økte styringsmuligheter for å sikre at praksisen i utlendingsforvaltningen var i tråd med de politiske mål og prioriteringer. I forarbeidene til endringsloven ble det blant annet påpekt at mye av utlendingsretten er skjønnspreget:

⁸³ UNEs årbok 2005

⁸⁴ Begrensningene om instruksjon i enkeltsaker, lovtolking og skjønnsutøvelse gjelder ikke i saker hvor det er nødvendig av hensyn til rikets sikkerhet eller utenrikspolitiske hensyn å gripe inn, jf. ul. § 38 tredje ledd. Dette er ikke særlig aktuelt for saker som faller inn under vår problemstilling, og vi går ikke nærmere inn på dette unntaket her.

”Innvandring kan ha store økonomiske og sosiale konsekvenser og rører ved viktige samfunnsinteresser, også i saker der utenriks- og sikkerhetspolitiske hensyn ikke er aktuelle. Samtidig åpner utlendingsloven for mye bruk av skjønn. Etter departementets syn viser utviklingen på utlendingsfeltet i tiden som har gått etter lovendringen at det er behov for bedre politisk styring med praktiseringen av utlendingsloven. Målet er å få et bedre samsvar mellom politiske signaler og prioriteringer og praksis i utlendingssaker.”⁸⁵

Ved praktisering av forvaltningsskjønnet ”særlig sterke menneskelige hensyn” som grunnlag for å dispensere fra underholdskravet, er nå gjeldende rett at departementet kan velge å instruere UDI i utøvelsen av dette, jf. ul. § 38. Innenfor det frie forvaltningsskjønn, hvor forvaltningen har et nokså vidt spillerom, vil også instruksjonsadgangen være videre enn innenfor det lovbundne forvaltningsskjønn.

Det er ikke oppstilt noen formkrav til instruksjonen, men i forarbeidene⁸⁶ er det gitt uttrykk for at instruksjonen som hovedregel skal gis i skriftlig form. Dette sikrer tilgjengelighet og notoritet, og gjør det mulig å føre kontroll med at instruksjoner ikke kommer i stedet for forskriftsendringer der det ville vært mer korrekt.⁸⁷ Men ved å unnlate formkrav åpnet lovgiver for at det i særskilte tilfeller kan gis instruksjoner i muntlig form.⁸⁸

Departementet kan *ikke* instruere UNE i dens skjønnsutøvelse, derunder UNEs vurdering av ”særlig sterke menneskelige hensyn”. Overfor UNE må eventuelle justeringer av praksis knyttet til skjønnsutøvelsen skje gjennom lov- og forskriftsendringer.

4.1.3 Klage over positive vedtak

Ved endringslov 50/2005 fikk departementet også en annen mulighet for å påvirke praksis uten å gå veien om lov og forskriftsendringer. Etter ul. § 38 fjerde ledd første punktum kan

⁸⁵ Ot.prp. nr. 31 (2004-2005) side 6

⁸⁶ Ibid s. 16 og Innst. O. nr. 68 (2004-2005) side 5

⁸⁷ Ot.prp. nr. 31 (2004-2005) side 14, pkt. 3.6.2.

⁸⁸ Ibid side 16 pkt 3.6.4 og Innst. O. nr. 68 (2004-2005) side 5

departementet beslutte at vedtak truffet av UDI til gunst for utlendingen, skal overprøves av UNE. Departementet har adgang til å påklage positive UDI-vedtak dersom de er uenige i avgjørelsen. Dette medfører at dersom departementet er uenige med UDIs praktisering av dispensasjonsadgangen for underholdskravet, og mener de er for liberale i sin skjønnsutøvelse, kan man i stedet for instruksjon eller lov-/forskriftsendring påklage et enkeltvedtak. Av hensyn til den som får sitt vedtak påklaget av departementet, kan ikke det aktuelle vedtaket fra UDI endres med mindre UNE finner at UDI-vedtaket er ugyldig, jf. ul. § 38 femte ledd. Er vedtaket gyldig og UNE er uenig, kan UNE komme med en uttalelse om hva man mener burde vært utfallet av saken, og dette blir retningsgivende for senere saker. Dersom UNE er enig i UDIs skjønnsutøvelse, må lovgiver i stedet gå veien om lov og forskriftsendring for å få endret praksis.

5 PRESENTASJON AV UTVALGET

5.1 Innledning

I dette kapittelet vil vi presentere saksutvalget vårt. Vi går først igjennom vedtakene og ser på resultatet, og hvilken instans som har fattet vedtakene. Deretter presenterer vi hvilke hjemler det er søkt familiegyjenforening etter, personkrets og saksbehandlingstid. Så vil vi redegjøre for nasjonalitet, alder og kjønn i saksutvalget. Vi vil også knytte noen kommentarer til rettshjelpers innsats. Til slutt presenterer vi søkerens anførsler og rettshjelpers betydning for disse.

5.2 Vedtakene

Saksutvalget vårt består av 115 vedtak, som omhandler 75 barn. Grunnen til at vi har flere antall vedtak enn barn, er at for flere av barna har vi analysert vedtaket deres både hos UDI og UNE. Særlig når det gjelder 2006-sakene hos UNE, er det ofte at vi også har registrert det tidligere vedtaket hos UDI, som enten ble fattet i 2006 eller 2005. Enkelte av søkerne har også søkt to ganger i løpet av 2005 og 2006. Alle vedtakene er interessante å analysere blant annet for å se ulike momenter som vektlegges i løpet av saksbehandlingen, og om begrunnelsene i vedtakene endrer seg i løpet av klageprosessen

5.2.1 Resultat

Vi gikk igjennom 115 vedtak, som fordelte seg slik:

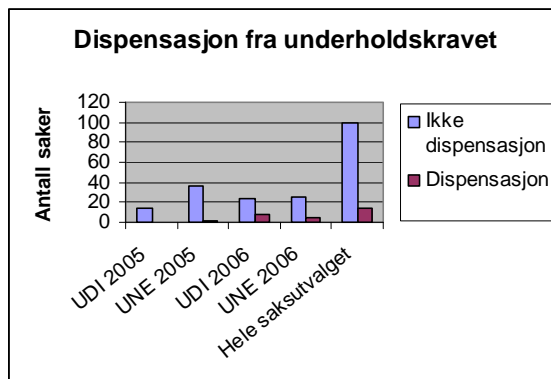


Diagram 5.1.

I vårt saksutvalg for 2005 og 2006 var det til sammen 100 avslag og 15 dispensasjoner, hvorav 2 dispensasjoner ble sendt tilbake til UDI fra UNE for vurdering av personkrets. Av de 100 avslagene var det to saker hvor UDI ikke vurderte særlig sterke menneskelige hensyn⁸⁹, det var derfor 98 saker hvor utlendingsforvaltningen konkluderte med å ikke dispenserte etter uf. § 25 tredje ledd tredje punktum.

Av de 15 dispensasjonene var det 7 vedtak som ble innvilget av UNE, og 8 som ble innvilget av UDI. Av de 8 innvilgelsene hos UDI ble 5 innvilget etter førstegangsbehandling, mens 3 ble omgjort av UDI etter avslag i første runde. Nedenfor følger en oversikt over hvordan sakene fordelte seg i henholdsvis 2005 og 2006 etter resultat og instans som fattet vedtaket.

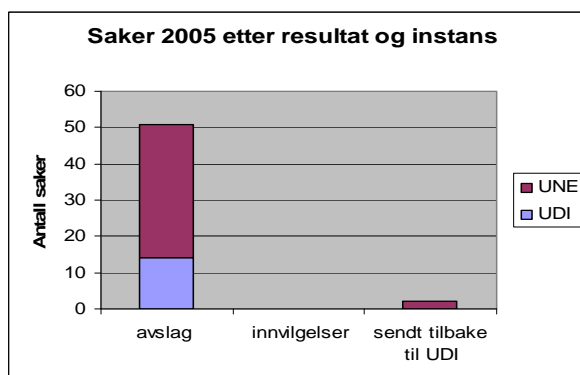


Diagram 5.2.

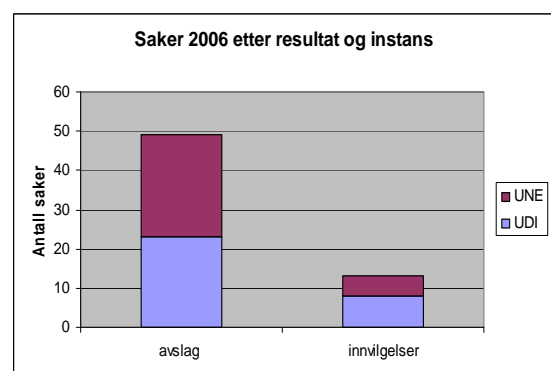


Diagram 5.3.

⁸⁹ Fordi sakene ble avslått av UDI etter en vurdering av personkretsen

I vårt saksutvalg var det ingen dispensasjoner fra underholdskravet som medførte innvilgelse i 2005, verken hos UDI eller UNE. Men det var to saker hvor det ble dispensert fra underholdskravet, som ble sendt tilbake til UDI for vurdering av personkrets. I 2005 var det 51 avslag i saksutvalget vårt, hvorav 14 var avgjort av UDI og 37 ble fattet av UNE. For 2006 var det 13 innvilgelser. 5 av innvilgelsene ble fattet av UNE og 8 innvilgelser av UDI. I 2006 var det 49 avslag i saksutvalget vårt, hvorav 23 var fattet av UDI og 26 var fattet av UNE.

5.2.2 Behandlingsform hos UNE

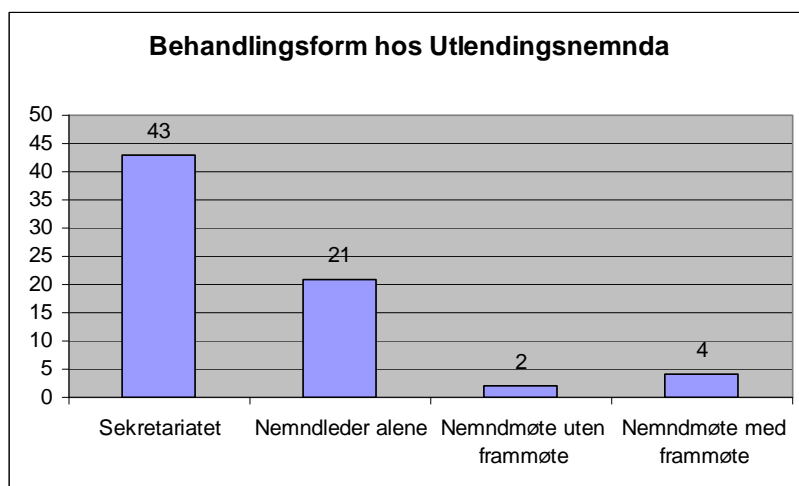


Diagram 5.4.

I vårt saksutvalg var det 70 saker som ble avgjort av UNE. I overkant av 60 % av vedtakene ble avgjort av sekretariatet. Av de 5 innvilgede vedtakene var det 4 som ble fattet i nemndmøte med frammøte av herboende referanse, mens en av innvilgelsene ble fattet av nemndleder alene.

I alle 6 sakene som gikk for nemndmøte var vedtaket enstemmig

5.2.3 Personkrets

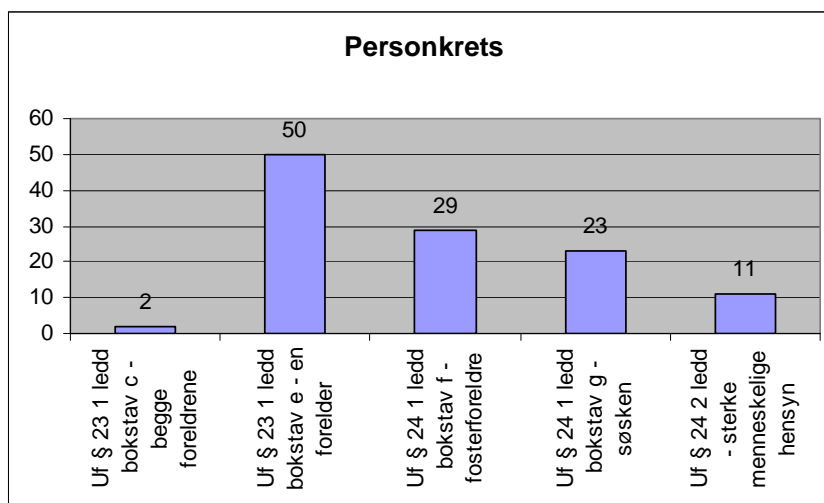


Diagram 5.5.

I de 13 innvilgede vedtakene i vårt saksutvalg, søkte alle disse barna om familiegjenforening etter uf. § 23 1. ledd bokstav e. Alle disse barna søkte oppholdstillatelse med sin mor. Uf. § 24 annet ledd er en sikkerhetsventil for familiemedlem som ønsker å søke familiegjenforening, men som ikke faller inn under de andre oppramsede familierelasjonene.⁹⁰

Her følger en oversikt over hvem barna i vårt utvalg søkte familiegjenforening med etter familierelasjon:

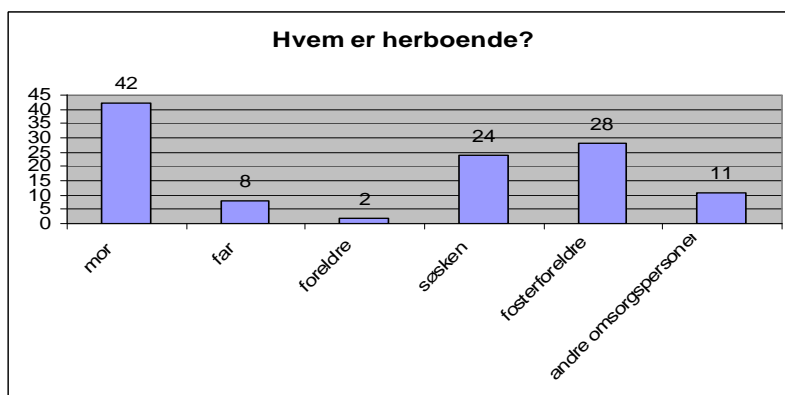


Diagram 5.6.

⁹⁰ For mer om de ulike oppholdshjemlene, se punkt 3.2

Vi har avgrenset vårt utvalg til å gjelde saker hvor barn søker familieforening og er igjen alene uten foreldre i hjemlandet eller oppholdslandet. De kan imidlertid ha andre personer som tar seg av dem på en eller annen måte. Det kan for eksempel være at barna bor hos en eller flere voksne eller at de har noen voksne som ser til dem, gir dem mat m.m. Som tabellen nedenfor viser, var det 65 vedtak som omhandlet barn som var helt alene i hjemlandet eller oppholdslandet.

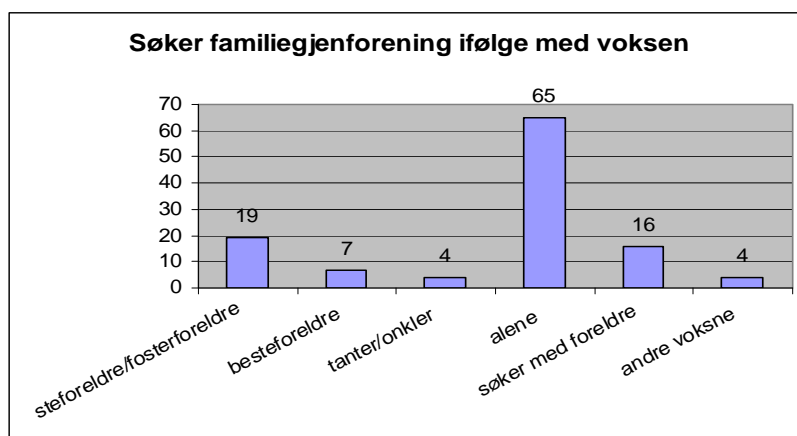


Diagram 5.7.

Som det også går fram av tabellen er det 16 vedtak hvor barn(a) søker i følge med sine foreldre. Grunnen til at vi har tatt med disse sakene er at det i disse sakene har vært vurdert eller anført at vedkommende (medfølgende) forelder har en sykdom som gjør det vanskelig å ta seg av barna – altså svekket omsorgsevne. Vi ønsket å analysere også disse sakene for å se hvilken vekt et slikt moment vil ha i barnets beste-vurderingen, og også om det kan være et selvstendig moment i selve særlig sterke menneskelige hensyn-vurderingen.

Av de 16 sakene var det 12 vedtak som omhandlet samme sak med fire barn. Disse barna søkte familieforening med sin mor, i følge med sin far. Faren deres var syk. Saken hadde to søknadsprosesser i forvaltningen, og er derfor registrert i to omganger (derav 12 avslag og 4 innvilgelser). Vi har analysert vedtakene fra UDI og UNE i 2005, samt de siste avslagene i 2006, i alt 12 vedtak. Vi har også analysert de 4 siste avslagene i denne saken, men her var saksforholdet endret siden faren døde under saksbehandlingen, og barna ble

innvilget oppholdstillatelse. De 4 siste vedtakene er derfor registrert som søker familiegjennforening ”alene” i tabellen nedenfor.

2 av de 16 vedtakene gjaldt en familiegjennforeningssøknad med mor, der mor hadde fått innvilget familiegjennforening med ny ektemann. Moren som søkte i følge med barnet, var syk. Barnet fikk innvilget familiegjennforening i klageomgangen hos UNE.

De to siste vedtakene av de 16 gjaldt også en familiegjennforeningssøknad med mor. Barnet her søkte i utgangspunktet familiegjennforening i følge med mor, men siden mor fikk innvilget sin oppholdstillatelse, reiste hun før barnet hadde fått avgjort sin søknad. Barnet fikk avslag både hos UDI og UNE.

5.2.4 Herboendes oppholdsgrunnlag

Vi ønsket å se på om oppholdsgrunnlaget til herboende referanse har noen betydning for vurderingen av unntaksbestemmelsen fra underholdskravet. Her følger en oversikt over hva slags oppholdsgrunnlag herboende referanser hadde:

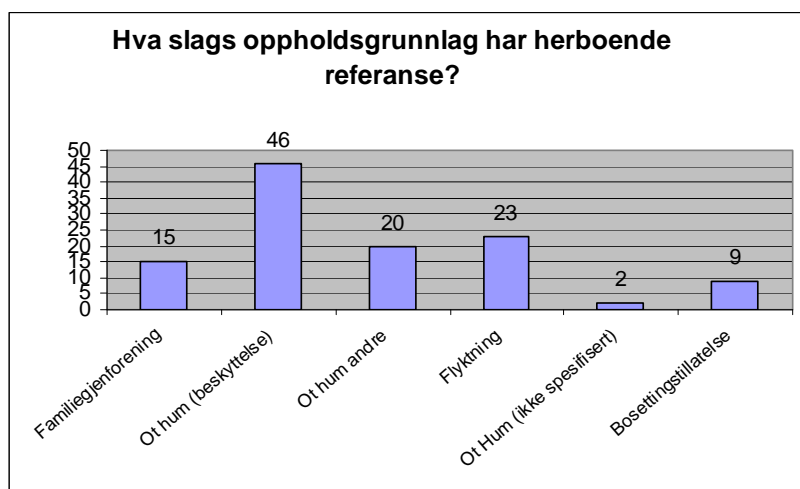


Diagram 5.8.

20 av vedtakene omhandlet barn som søkte opphold med herboende referanse som har opphold på humanitært grunnlag av andre grunner som for eksempel sterke menneskelige

hensyn, helseproblemer eller tilknytning til riket. 23 av vedtakene gjaldt barn som søkte familiegjennforening med herboende referanse som har opphold som flyktning, enten som overføringsflyktning eller etter søknad om asyl. Av disse 23 vedtakene var det 10 av vedtakene som gjaldt barn som søkte med fosterforeldre, mens 13 vedtakene omhandlet barn som søkte familiegjennforening med søsken.

5.2.5 Saksbehandlingstid

Nedenfor følger en oversikt over hvor lang tid hele prosessen med familiegjennforeningssøknadene har tatt. Saksbehandlingstiden går fra framsatt søknad og fram til siste vedtak hos UDI eller UNE. For å omfattes av vårt saksutvalg må vedtakene være fattet i 2005 eller 2006.

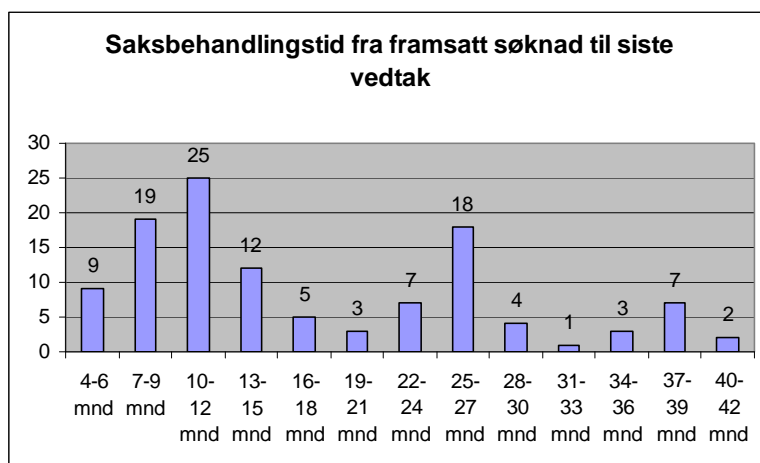


Diagram 5.9.

Mange av sakene behandles i to instanser, både hos UDI og UNE, og saksbehandlingstiden blir dermed lenger. Men det er interessant at for de 40 sakene hvor det var UDI som fattet vedtak var saksbehandlingstiden som følger:

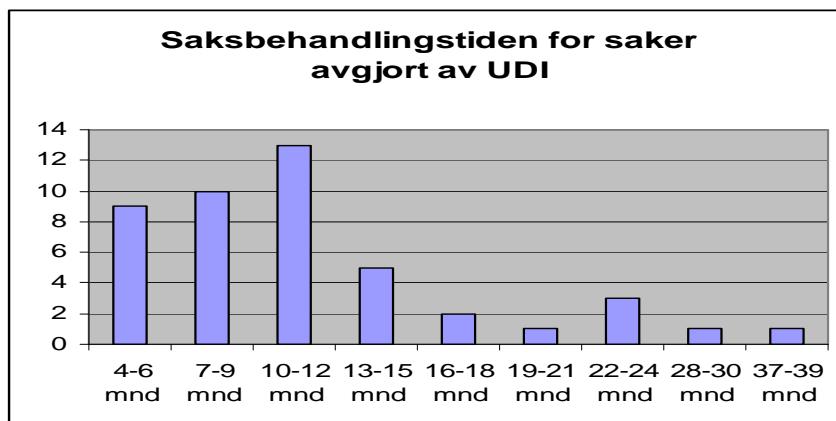


Diagram 5.10.

Som man ser av denne tabellen, er saksbehandlingstiden i 13 av sakene over ett år. Dette utgjør 29 % av alle vedtakene fattet av UDI i vårt utvalg.

Vi fikk opplyst av UNE at gjennomsnittlig saksbehandlingstid i familieinnvandringsaker i 2005 var følgende:

- alle: 6,7 mnd
- bare klagesaker: 7,3 mnd
- bare omgjøringsbegjæringer: 4,0 mnd

Og i 2006 var gjennomsnittlig saksbehandlingstid hos UNE i familiegjenforeningssaker:

- alle: 6,3 mnd
- bare klagesaker: 7,0 mnd
- bare omgjøringsbegjæringer: 1,8 mnd

Hos UDI fikk vi opplyst følgende om gjennomsnittlig saksbehandlingstid i familiegjenforeningssaker:

År	Antall saker	Gjennomsnitt i dager	Under 1 mnd.	1-3 mnd.	3-6 mnd.	Over 6 mnd.
2005	14069	167	13 %	25 %	30 %	32 %
2006	13613	145	12 %	30 %	30 %	27 %

Figur: 5.1.

5.3 Om klientene

5.3.1 Kjønn

I saksutvalget vårt var det 65 jenter og 50 gutter. Av de 15 vedtakene hvor det ble dispensert, var det 11 jenter og 4 gutter.

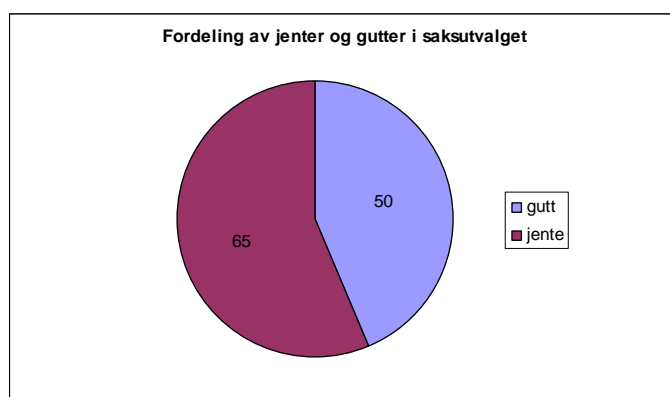


Diagram 5.11.

5.3.2 Nasjonalitet

Nedenfor følger en tabell som viser søkerens nasjonalitet i vårt saksutvalg. Som tabellen viser, er det klart flest saker fra Somalia.

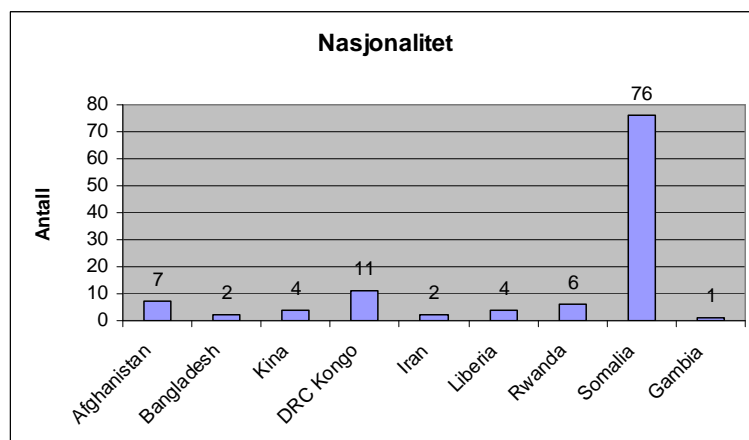


Diagram 5.12.

5.3.3 Alder

Nedenfor følger en oversikt over alderen til søkerne i vårt saksutvalg. Alderen som registreres er søkerens alder på vedtakstidspunktet. Grunnen til at vi har valgt dette tidspunktet, er fordi vi ønsker å se på hvilken vekt saksbehandlerne i utlendingsforvaltningen legger vekt på søkerens/klagerens alder på tidspunktet for vedtak.

Som tabellen viser, er det forholdsvis stor spredning i alder i utvalget vårt. En tommelfingerregel vi hadde hørt om, og som vi fikk bekreftet i enkelte av intervjuene hos UDI, var at det skulle mindre til for å dispensere for underholdskravet for søkere under 15 år som var alene. Ca 60 % av vedtakene i vårt utvalg omhandlet barn som var under 15 år på vedtakstidspunktet.

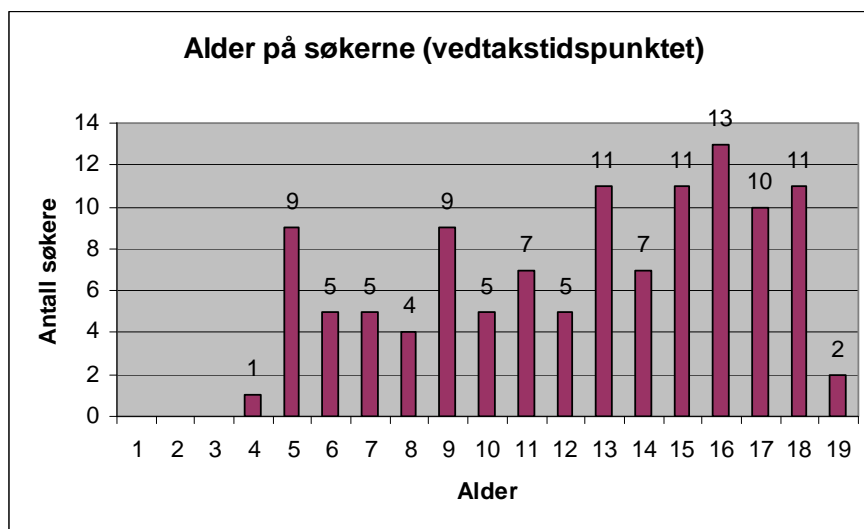


Diagram 5.13.

5.4 Rettshjelpere og innsats

Nedenfor følger en oversikt over hvor mange vedtak hvor søker har hatt rettshjelper, hva slags rettshjelper det er om og hva rettshjelperen har foretatt seg.

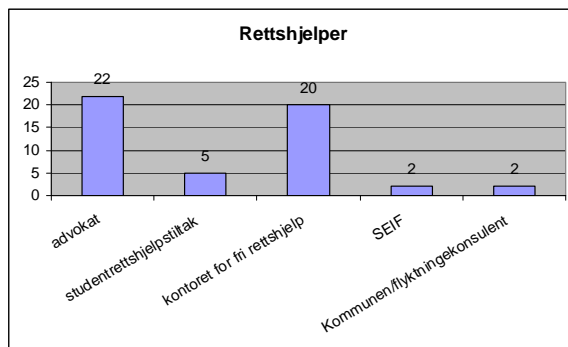


Diagram 5.14

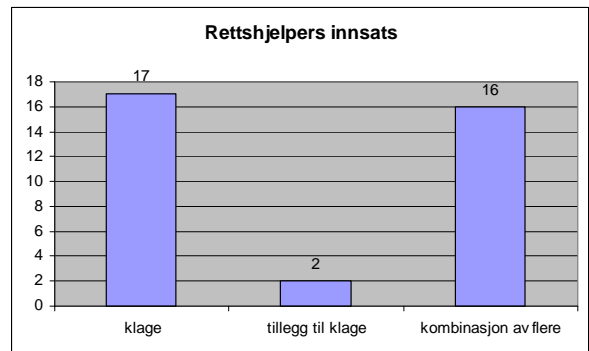


Diagram 5.15.

For 16 av vedtakene hadde rettshjelperen flere arbeidsoppgaver i saken. Dette dreiet seg blant annet om bistand i søknadsprosessen, flere klageskriv, representasjon i nemndmøte og omgjøringsbegjæringer.

Se mer om rettshjelpers betydning for vedtakene i punkt 5.2.

5.5 Anførsler fra søkerne og rettshjelp

5.5.1 Kort om anførslene

Nedenfor følger en oversikt over hvilke anførsler søkerne/klagerne har påberopt seg under saksbehandlingen. Vi har analysert saksdokumentene og registrert hva søkerne har anført og oppgitt av opplysninger, og som er av betydning for vurderingen særlig sterke menneskelige hensyn.

En del opplysninger er hva søkerne og herboende har opplyst i intervjuer, andre hva som har blitt påberopt i klageomgangen. Opplysningene er registrert som anførsler når søkerne har oppgitt underveis opplysninger av relevans for skjønnsvurderingen ”særlig sterke menneskelige hensyn”.

Mange av søkerne (over halvparten) har ikke hatt rettshjelper underveis i prosessen. Det gjelder også de som har påklaget vedtak. I de vedtakene vi har analysert har det vært rettshjelper inne i 44 % av sakene.

Hvilke anførsler vi registrerte som oftest ble påberopt (totalt begge år):

1. Barna befinner seg utenfor hjemlandet: I 104 av i alt 115 tilfeller oppholdt barna seg i et tredjeland
2. Ikke omsorgsperson i hjemlandet: 104 hadde ikke omsorgspersoner i hjemlandet
3. Vanskelige humanitære og sosiale forhold i oppholdslandet: 43
4. Ikke omsorgsperson i oppholdslandet: 39 (av 104 utenfor hjemlandet) anførte at de ikke hadde omsorgsperson i oppholdslandet
5. Omsorgspersonen har fysiske helseproblemer: 28, hvorav 9 var dokumentert
6. Herboende har fysiske helseproblemer: 26, hvorav 24 var dokumentert
7. Påberopt barnekonvensjonen: 13
8. Påberopt EMK: 12
Vanskelig sikkerhetsmessig situasjon i oppholdslandet: 12
10. Søker har fysiske helseproblemer: 11, hvorav 7 var dokumentert
11. Påberopt andre konvensjoner (ØSK): 8
12. Vanskelige humanitære og sosiale forhold i hjemlandet (merk at få barn oppholdt seg i hjemlandet) 6
13. Vanskelig sikkerhetsmessig situasjon i hjemlandet (merk at få barn oppholdt seg i hjemlandet) 6
14. Psykiske helseproblemer herboende: 4, hvorav 2 dokumentert
15. Psykiske helseproblemer søker: 3, hvorav 2 dokumentert
16. Psykiske helseproblemer omsorgsperson i hjemland eller oppholdsland: Ikke anført av noen i vårt utvalg.

5.5.2 Rettshjelpers betydning for anførslene som framsettes

Flertallet (64 av 115 søkere) hadde ingen rettshjelper av noe slag i forbindelse med søknad og klage.

Når det gjelder den hyppigste anførselen som er framsatt, at barna befinner seg utenfor hjemlandet, er dette opplysninger basert på hva som er framkommet i intervjuer av søker og herboende. Rettshjelper er neppe medvirkende til at dette forholdet kommer fram.

Ut i fra vårt materiale er det heller ikke grunnlag for å si at rettshjelper i noen avgjørende grad bidrar til opplysning av omsorgssituasjonen, og heller ikke den humanitære eller sikkerhetsmessige situasjonen barna befinner seg i hjemland eller oppholdsland. Dette er også opplysninger som framkommer i intervjuene med herboende og søkerne, og hvor vi ikke kan se noen signifikant forskjell for om dette framkommer i saker med og uten rettshjelper.

5.5.2.1 Rettshjelpers betydning for helseanførsler

Det kan derimot se ut til at helseanførsler både blir hyppigere framsatt og bedre dokumentert med rettshjelper. Dette gjelder da både psykiske og fysiske helseanførsler knyttet til herboende, søker eller omsorgsperson i hjemland/oppholdsland. Det kan derfor være framsatt flere helseanførsler i samme sak, både ved at samme person har både psykiske og fysiske lidelser, og at ulike personer har helselidelser.

Det ble framsatt langt flere helseanførsler i saker med rettshjelper enn i saker uten:

- 51 søkere var representert med rettshjelper, og det ble i disse sakene satt fram til sammen 52 helseanførsler, det vil si et gjennomsnitt på litt over en helseanførsel i hver sak.
- 64 søkere var uten rettshjelper, og det ble i disse sakene kun framsatt til sammen 20 helseanførsler, det vil si i gjennomsnitt var en helseanførsel i nesten hver tredje sak.

Når helseanførslene framsettes, er de også bedre dokumentert (i form av legeerklæringer) når rettshjelper er inne i bildet:

- Når rettshjelper var inne i bildet var de påberopte helseanførslene dokumentert i 73 % av tilfellene (38 av 52 ganger).
- Uten rettshjelper ble de påberopte helseanførslene dokumentert i bare 30 % av tilfellene (6 av 20 ganger).

Dette gjelder for de 115 sakene vi har gått igjennom, og vi kan vanskelig si i hvilken grad dette gjenspeiler den øvrige virkeligheten. Men forskjellen i vårt saksutvalg er så markert at det er grunn til å tro at helseanførsler med legeerklæringer er et forhold rettshjelpere bidrar til å få fram i saken. I så tilfelle kan det være av betydning for sakens utfall å være representert ved rettshjelper, fordi helseforhold er momenter som kan inngå i skjønnsvurderingen for om det skal gis oppholdstillatelse sjøl om underholdskravet ikke er oppfylt⁹¹. Det at anførslene i større grad dokumenteres når en rettshjelper er inne i bildet, bidrar også til at anførslene kan framstå som mer troverdige.

5.5.2.2 Rettshjelpers betydning for menneskerettslige anførsler

Ut i fra vårt saksutvalg er det tydelig at en rettshjelper kan ha betydning for i hvilken grad menneskerettighetsbestemmelser etter EMK og barnekonvensjonen er anført som argumenter for innvilgelse av familiegjenforening.

I 2006 ble barnekonvensjonen, EMK eller andre konvensjoner påberopt 30 ganger. I de fleste saker hvor menneskerettigheter ble anført, ble flere konvensjoner påberopt. De 30 anførslene fordelte seg på bare 12 saker i 2006. Alle hadde rettshjelper, fra enten studentrettshjelptiltak eller kontoret for fri rettshjelp.

I 2005 var det færre som påberopte seg menneskerettigheter. Kun 3 påberopte barnekonvensjonen. 2 ved hjelp av advokat, samt en som ikke hadde rettshjelper. EMK eller andre konvensjoner var det ingen som påberopte.

⁹¹ Se punkt 6.9

Av totalt 15 som påberopte seg menneskerettslige forpliktelser, var det kun en uten rettshjelper.

Med vårt datamateriale kan vi ikke med sikkerhet dokumentere noe samsvar mellom de som påberopte seg menneskerettslige forpliktelser, og henvisninger til dette i vedtakene, men vårt datamateriale tyder på at det er en viss sammenheng. For sjøl om forvaltningen er forpliktet til å ta i betraktning forpliktelsene etter EMK og barnekonvensjonen, er det i liten grad henvist til disse i vedtakene. Forvaltningen henviste til menneskerettslige forpliktelser i kun fem saker, og da viste de til både EMK og barnekonvensjonen⁹². I to saker var det sammenfall mellom at både søker og vedtaket henviste til menneskerettigheter, i kun tre saker henviste forvaltningen til forpliktelsene uten at det var anført av søker.

Det er derimot ikke grunn til å tro at menneskerettslige anførsler styrker saken i nevneverdig grad. Forvaltningen er uansett forpliktet til å se hen til EMK og barnekonvensjonen, og som vi skal komme tilbake til senere er dette fra forvaltningens side i stor grad nokså tomme standardfraser.

Når det gjelder anførslene som framsettes i forhold til menneskerettigheter og barnekonvensjonen, er disse stort sett henvisninger uten at de er underbygget med juridisk argumentasjon eller barnefaglige vurderinger fra søkers (rettshjelpers) side.

Det er på denne bakgrunn tvilsomt om menneskerettighetene utgjør noen forskjell i den enkelte sak som følge av at de er påberopt av søkerne. Men at menneskerettighetene i økende grad påberopes, synes å bidra til at de også trekkes mer fram i vedtakene, og anførslene kan bidra til å øke det generelle fokuset i forvaltningen på de menneskerettslige vurderingene.

⁹² Se punktene 6.2 og 6.3

6 OM DE ULIKE MOMENTENE I SKJØNNSVURDERINGEN "SÆRLIG STERKE MENNESKELIGE HENSYN"

6.1 Innledning

I dette kapittelet vil vi gå igjennom ulike momenter i skjønnsvurderingen særlig sterke menneskelige hensyn, og vil presentere og analysere de dataene vi har funnet, både gjennom å analysere vedtak og intervju.

Vi vurderer først overordnede momenter som barnets beste og retten til familieliv. Hensynet til barnets beste har også betydning under de andre momentene i skjønnsvurderingen. Vi presenterer deretter de sikkerhetsmessige og humanitære/sosiale forholdene i hjemland/oppholdsland, da begge disse momentene er nært knyttet til vurderingene av barnets beste og retten til familieliv.

Vi går så over og ser på individuelle forhold av betydning i skjønnsvurderingen: At barna oppholder seg utenfor hjemlandet, barnas alder, barnas omsorgssituasjon, helseproblemer, om herboende snart får bosettingstillatelse og hvilken personkrets søkerne omfattes av.

Det siste momentet vi vurderer er betydningen av innvandringspolitiske hensyn.

Avslutningsvis oppsummerer vi de viktigste funnene og hvordan de ulike momentene vurderes i forhold til hverandre.

6.2 Retten til familieliv

6.2.1 Innledning

Vi vil her se hvordan utlendingsforvaltningen vurderer retten til og respekt for familieliv i vurderingen av dispensasjon fra underholdskravet.

EMK art. 8 og SP art. 17 skal sikre retten til og respekt for familie- og privatlivet. Barns krav på respekt for sitt familieliv og bli tatt hånd om av sine foreldre er også ivaretatt i barnekonvensjonens artikler 7, 8, 9, 10 og 16, og er viet betydelig plass i preambelen til konvensjonen. Vi vil her i hovedsak forholde oss til EMK art. 8, som er den bestemmelsen som i praksis brukes mest i utlendingsforvaltningens vedtak og hvor Norge er forpliktet av det innholdet den europeiske menneskerettighetsdomstolen legger i bestemmelsen. Vi vil innledningsvis trekke opp de viktigste grensene EMD har satt.

Først kan det nevnes at adgangen til familiegjennforening etter utlendingsloven, hvor barn og ektefeller har et rettskrav på familiegjennforening, er langt videre enn det som er påkrevd etter EMK art. 8 og SP art. 17. Det samme gjelder den utvidede personkretsen som kan få oppholdstillatelse i medhold av uf. § 24, som i liten grad er beskyttet av folkerettslige forpliktelser om familielivet, som i hovedsak definerer dette til å gjelde ektefelle og mindreårige barn. Men i og med at familiegjennforening kan nektes på grunnlag av økonomiske forhold, er spørsmålet hvorvidt EMK art. 8 vurderes i forbindelse med dette. EMK art. 8 er først og fremst ment å beskytte kjernefamilien, det vil si ektefeller og mindreårige barn og deres foreldre. Men også forhold mellom for eksempel søsken kan være beskyttet.

De folkerettslige forpliktelsene om respekt for og rett til familieliv er først og fremst et vern mot inngrep i familielivet, og pålegger dermed staten primært et ansvar for sjøl å avstå fra inngrep. Retten til familieliv gir i mindre grad positive forpliktelse som å innvilge innreise og oppholdstillatelse. I *Abdulaziz, Cabales og Baklandali mot Storbritannia* (1985) uttalte

EMD at EMK art. 8 ikke innebærer noen generell plikt for statene til å innvilge familiegjenforening, og heller ikke noen rett for søkerne til fritt å velge hvilket land de vil utøve familielivet i. Statenes skjønnsmargin på innvandringsområdet er vid, da statenes suverenitet når det gjelder adgang til territoriet regnes som tungtveiende. Men statene kan bli forpliktet til å innvilge familiegjenforening i enkelte tilfeller etter en konkret vurdering av forholdene i saken

Gül mot Sveits (1996) og Ahmut mot Nederland (1996) gjaldt barn som var igjen i hjemlandet og søkte familiegjenforening med foreldrene. I likhet med i Abdulaziz, Cabales og Baklandali mot Storbritannia (1985) slo EMD fast at nektelse av familiegjenforening i disse tilfellene ikke var brudd på EMK art. 8. I Gül-saken skyldtes nektelsen først og fremst at underholdskravet ikke var oppfylt. Det ble vist til at faren kunne returnere til Tyrkia. I Ahmut-saken ble det vist til at faren hadde flyttet fra Marokko av egen vilje, og dermed sjøl valgt de begrensinger dette medførte for utøvelse av sitt familieliv. Vesentlig i vurderingen er at det ikke er urimelig å henvise til at familielivet kan utøves i hjemlandet.

I Tuquabo-Tekle og andre mot Nederland (2005) og Şen mot Nederland (2001) ble det derimot konstatert brudd på EMK art. 8 å ikke innvilge familiegjenforening for gjenværende barn i hjemlandet. EMD mente det var klart best for familien å gjenforenes i Nederland, og at det forelå vesentlige hindringer som gjorde det uforholdsmessig å henvise til at familielivet skulle utøves i hjemlandet. Dette var særlig begrunnet i hensynet til familie som utlendingen hadde etablert i Nederland, og da særlig hensynet til barn som var født og bodd hele sitt liv der. Det gjentas i avgjørelsene at statene som utgangspunkt er i sin fulle rett til å kontrollere adgangen for utlendinger, men at det etter en konkret vurdering av den enkelte sak kan foreligge en forpliktelse til å gi oppholdstillatelse.

Dersom en familie er splittet på grunn av forfølgelse, eller det foreligger vern mot retur, vil statene etter den grensedragning som er trukket opp i EMD i større grad være forpliktet til innvilge oppholdstillatelse til familien. Vi har beskrevet dette momentet særskilt under

momentet om sikkerhetsmessig situasjon, og dette momentet som til en viss grad er trukket fram i saksbehandlingen har for stor del sin begrunnelse i retten til familieliv.

Men EMD-praksis viser at også andre forhold er relevante hindringer. Både i Şen og Tuquabo-Tekle var det andre momenter som var avgjørende, særlig hensynet til herboende barn. Ulempene ved å reetablere familielivet i et land hvor herboende barn ikke kjente ble ansett å være vesentlig hindring for å utøve familielivet i hjemlandet. Şen hadde heller ikke fått oppholdstillatelse av beskyttelsesgrunner. Det ble konstatert av EMD at det forelå brudd på EMK art. 8 ved ikke å innvilge familiegjensforening til barn som søkte familiegjensforening med herboende foreldre.

For øvrig må det bemerkes at vi legger til grunn at foreldre som har familiegjensforening som et oppholdsgrunnlag som hovedregel sjøl har valgt å flytte til ny ektefelle i Norge. Deres gjenværende barns rett til familiegjensforening med mor eller far i Norge er en rettighet etter utlendingsloven dersom underholdskravet er oppfylt, men det er normalt ikke en rettighet etter EMK art. 8. EMD-praksis viser imidlertid at dette vil kunne endres over tid når herboendes tilknytning til Norge blir sterkere, for eksempel ved at man får barn her.

Sett i lys av EMDs praksis synes det som om flere typer momenter vil kunne medføre at stater etter en konkret vurdering kan bli forpliktet til å innvilge familiegjensforening. Årsakene må være tungtveiende og medføre en betydelig hindring for reetablering i hjemlandet, men hindringen trenger ikke være absolutt. Det må også innebære at en oppholdstillatelse basert på humanitære grunner etter en konkret vurdering kan medføre at statene har en forpliktelse til å innvilge familiegjensforening, dersom de humanitære grunnene gjør det vanskelig å returnere. Det kan for eksempel være at herboendes oppholdstillatelse er begrunnet i at man har en sykdom som man ikke får adekvat behandling for i hjemlandet.

6.2.2 Funn

Kun i fem av våre vedtak henvises det til folkerettslige forpliktelser knyttet til retten til familieliv, og det henvises da til EMK art. 8. Det er utelukkende UNE som henviser til retten til familieliv i sine vedtak - UDI henviser ikke til EMD i det hele tatt. For øvrig ligger retten til familieliv under som et vesentlig moment ved vurderingen av muligheten for reetablering i hjemlandet på grunn av beskyttelsesbehov, jf. neste moment.

Retten til familieliv etter EMK art. 8 er påberopt av søkerne som argument for oppholdstillatelse i forbindelse med 12 vedtak.

En sak omhandler en fem år gammel søker fra Thailand, hvor moren har oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjenforening med ektefelle i Norge. Søkeren bor hos sine besteforeldre i hjemlandet.

”Nemnda har merket seg opplysningene om at klageren i ca tre år har vært avskåret fra kontakt med moren, og at han ikke har det godt i hjemlandet, men finner etter en helhetsvurdering at det ikke foreligger slike særlig sterke menneskelige hensyn som kan begrunne at det gjøres unntak fra hovedregelen 8. (...) For øvrig vises det til at det ikke kan anses å være i strid med EMK art. 8 eller FNs barnekonvensjon at det oppstilles vilkår for familiegjenforening, herunder krav om sikret underhold.”

I saken oppstilles flere argumenter om at forholdene verken er spesielle eller tungtveiende, og det vises avslutningsvis til at økonomiske vilkår for familiegjenforening ikke er i strid med EMK art. 8. Dette er en generell konstatering.

I en annen sak om en 16 år gammel datter som søker familiegjenforening med sin mor, har moren oppholdstillatelse med ektefelle i Norge. Om forpliktelser etter EMK art. 8 skriver UNE:

”Om det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn som tilsier at tillatelse gis, avgjøres etter en helt konkret vurdering av ulike velferdsgrunner opp mot aktuelle innvandringspolitiske hensyn, jf. utlendingsloven § 2 første ledd. I vurderingen må det i tillegg til de innvandringspolitiske føringer som ligger i de lov- og forskriftsbestemmelser som gjelder, tas hensyn til internasjonale konvensjoner som Norge er forpliktet av, herunder hensynet til familiens enhet og retten til respekt for familieliv, jf. den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) art. 8. Også barnekonvensjonen art. 3 om å ta hensyn til hva som ganger barnet best, må sees hen til. Det er likevel ikke slik at barnets beste er avgjørende i alle utlendingssaker, idet også andre hensyn må vektlegges.”

Også i to andre saker har mor reist til Norge på familiegjengenforening med ny ektefelle, men barna får ikke innvilget familiegjengenforening på grunn av manglende underhold. Om EMK art. 8 skriver UNE noe mer utdypende:

”I helhetsvurderingen må det i tillegg til de innvandringspolitiske føringer som ligger i de lov- og forskriftsbestemmelser som gjelder, tas hensyn til internasjonale konvensjoner som Norge er forpliktet av. Ved utformingen av regelverket har Stortinget og regjeringen ment å ivareta slike forpliktelser, men de må også tas i betraktning ved behandlingen av hver enkelt sak. I denne saken vil det måtte tas hensyn til familiens enhet og respekten for familieliv, jf. den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art. 8. Også barnekonvensjonen art. 3 om å ta hensyn til hva som ganger barnets beste, må sees hen til. Det er likevel ikke slik at barnets beste er avgjørende i alle utlendingssaker. Også andre hensyn må vektlegges.

Nemnda gjør oppmerksom på at etter både norsk rettspraksis og internasjonal tolkning av menneskerettighetene er EMK art. 8 først og fremst tenkt å beskytte et allerede etablert familieliv, og gir slik sett ingen rett til å etablere nytt familieliv eller reetablere familieliv i Norge. Konvensjonen pålegger heller ikke myndighetene plikt til å sørge for at familien bor samlet i ett og samme land. Det at klagerne ikke gis tillatelse i familiegjengenforeningsøyemed for å bo i Norge med herboende forelder vil derfor etter nemndas vurdering ikke innebære

et brudd med EMK art. 8 da det ikke kan anses å foreligge en krenkelse av menneskerettighetene da atskillelsen skyldes familiens eget valg.”

I disse sakene har moren sjøl valgt å etablere seg med ektefellen i Norge. Det framkom ikke i noen av sakene at mødrene hadde fått barn her som medførte at det var vanskelig for dem å returnere av hensyn til disse, og de hadde heller ikke bodd her så lenge. I slike tilfeller vil hindringene mot å videreføre familielivet i hjemlandet i hovedsak ikke være så store at det foreligger brudd på EMK art. 8 ved å avslå familiegjening.

Det som kan påpekes, men som er et resultat av lovgivning og ikke saksbehandling, er at det i de nevnte vedtak er dispensert for foreldrene ved gjening med deres ektefelle, men ikke for deres særkullsbarn. Dette fordi det er en mer liberal dispensasjonsadgang for underholdskravet mellom voksne ektefeller når herboende ektefelle er norsk borger, jf. uf. § 25 tredje ledd annet punktum, enn mellom særkullsbarna og foreldre som i disse tilfellene må vurderes etter den langt mer restriktive dispensasjonsadgangen uf. § 25 tredje ledd tredje punktum. Denne regelforskjellen medfører en splittelse av barn og foreldre, derimot er det fortsatt frivillig for forelderen å forlate barna. Men det kan være at det er et moment for at man også bør dispensere for barnet. Et intervjuobjekt trakk fram at man kanskje hadde en økt forpliktelse til å innvilge for barna når man først innvilget for foreldrene deres.

I en annen sak trekker UNE fram tilsvarende standardiserte argumentasjon i relasjon til EMK, men saksforholdet er svært forskjellig fra de foregående sakene. Søker er en mindreårig bror som søker familiegjening med en voksen bror i Norge. Herboende har opphold i Norge på grunnlag av vern mot retur. UNE skriver:

”Det skal i henhold til praksis svært meget til før bestemmelsen kommer til anvendelse. I vurderingen må det i tillegg til de innvandringspolitiske føringer som ligger i de lov- og forskriftsbestemmelser som gjelder, tas hensyn til internasjonale konvensjoner som Norge er forpliktet av. Ved utformingen av regelverket har Stortinget og regjeringen ment å

ivareta slike forpliktelser, men de må også tas i betraktning ved behandlingen av hver enkelt sak. I denne saken vil det måtte tas hensyn til familiens enhet og retten til respekt for familieliv, jf den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) art. 8.

Nemnda gjør oppmerksom på at det både etter norsk rettspraksis og internasjonal tolkning av menneskerettighetene er EMK art. 8 først og fremst tenkt å beskytte et allerede etablert familieliv, og gir slik sett ingen rett til å etablere et nytt familieliv eller reetablere familie i Norge. Konvensjonen pålegger heller ikke myndighetene plikt til å sørge for at familien bor samlet i ett og samme land. At klageren og hans bror ikke gis tillatelse til å bo i samme land, vil derfor etter nemndas vurdering ikke innebære et brudd med EMK art. 8.”

Både den menneskerettslige forpliktelsen til å beskytte familielivet og den utlendingsrettslige adgangen til familiegjennforening er sterkere mellom barn og foreldre enn mellom søsken viser funnene i våre saker. Det familierettslige begrepet som legges til grunn i EMK art. 8 er først og fremst ektefeller og mindreårige barn. Likevel står det i vedtaket referert i forrige avsnitt om familiegjennforening mellom søsken etter uf. § 24 bokstav f at det må tas hensyn til EMK art. 8. Det brukes tilnærmet identisk argumentasjon som i saker om familiegjennforening mellom foreldre og barn. I saken nevnt ovenfor var broren søkerens nærmeste familiemedlem etter foreldrenes død.

I en sak som omhandlet fire barn er hensynet til herboende søsken tillagt vekt, i tillegg til at det blir ansett som svært vanskelig for herboende som alenemor for seks barn å reetablere familielivet i et tredjeland. Slike hensyn er i tråd med de nevnte EMD-avgjørelsene Tuquabo-Tekle og andre mot Nederland (2005) og Şen mot Nederland (2001). At alternativet her er reetablering i et tredjeland er også av betydning for vurdering av om det er tilrådelig av hensyn til de herboende barn:

”Når det gjelder mulig gjenforening i X⁹³ viser nemnda spesielt til hensynet til ”barnets beste” for de to herboende barna, og til at det for herboende mor eventuelt vil være særdeles vanskelig å etablere seg i Syria alene med seks barn.”

EMK trekkes fram i få vedtak, og når det gjøres er det overflatiske begrunnelser i standardisert form. Hensynet til herboende barn trekkes fram i ett vedtak, og saksbehandlere trekker fram herboendes beskyttelsesbehov og manglende mulighet for reetablering i hjemlandet som vesentlige momenter. Men det synes ikke som om forvaltningen utøver en mer konkret vurdering av flere og ulike forhold som kan utgjøre et hinder mot reetablering av familielivet i hjemlandet. Det settes for eksempel et skille mellom når herboende har oppholdstillatelse av beskyttelsesgrunner, og når herboende har oppholdstillatelse av sterke menneskelige hensyn, uten at man går inn på vurderingene som ligger bak oppholdstillatelsen av sterke menneskelige hensyn. Et eksempel er tre saker hvor UNE skriver:

”Klagerens far kan videre returnere til Somalia sammen med sine barn. Det vises til at han har en tillatelse etter utlendingsforskriften § 21 annet ledd.”

Uf. § 21 annet ledd henviser til ul. § 8 annet ledd, hvor det kan gis oppholdstillatelse dersom sterke menneskelige hensyn taler for det, eller når utlendingen har særlig tilknytning til riket. Det må tas i betraktning at for å innvilge etter denne bestemmelsen må de menneskelige hensyn være svært tungtveiende argumenter mot at vedkommende kan returnere til hjemlandet.

Når det gjelder herboende fra Sør-Somalia, og særlig kvinner, har disse fått oppholdstillatelse på grunnlag av sterke menneskelige hensyn fordi det ikke anses tilrådelig med retur. Dette sjøl om det ikke foreligger individuelt beskyttelsesbehov.⁹⁴

⁹³ Et tredjeland et stykke fra hjemlandet, anonymisert for å unngå identifisering

⁹⁴ Jensen, Kjersti Cecilie og Nyhus, Marie, *Humanitetshensyn i utlendingsretten, en undersøkelse av forvaltningspraksis etter utlendingsloven § 8 annet ledd*, 2004 side 66-69

Dersom sykdom er årsak til at det gis oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, kreves det normalt at sykdommen er av svært alvorlig karakter, og at livet står i fare ved retur på grunn av mangelfull behandling i hjemlandet.

Det er derfor ikke så enkelt som at uf. § 21 første ledd er et argument for å dispensere, mens opphold etter uf. § 21 annet ledd utelukkende er et argument mot å dispensere fordi den ikke er basert på beskyttelsesbehov. Det kan foreligge forhold til grunn for en oppholdstillatelse etter uf. § 21 annet ledd som utgjør like store hindringer for retur som hvis det foreligger beskyttelsesbehov.

I intervjuene spurte vi hva intervjuobjektene la i retten til familieliv.

Intervjuobjektene understreket at praktiseringen er i samsvar med EMK, og at EMK art. 8 ikke gir noen rett til familieliv i Norge, men at man må se hen til mulighetene for å etablere det i hjemlandet.

Et intervjuobjekt påpekte at sjøl om EMK art. 8 normalt ikke gav rett til familiegjenforening mellom barn og foreldre i Norge, men at å gi oppholdstillatelse til foreldrene kan medføre en økt forpliktelse overfor barna. Men med bortfall av underholdskravet når herboende får bosettingstillatelse, er man uansett innenfor marginene av EMK art. 8.

Et intervjuobjekt mente EMK i økende grad ble vurdert i vedtakene, ved at man aktivt gikk inn og tok stilling til om menneskerettslige forpliktelser ble overholdt. Dette stemmer ikke med våre funn. I svært få vedtak ble EMK nevnt, og i den grad de ble nevnt var det i meget generelle vendinger, og uten at det framkommer særlige individuelle vurderinger. Vi må imidlertid ta forbehold om at vi utelukkende har sett på saker fra 2005 og 2006, og at det derfor kan ha skjedd en endring i 2007.

Et intervjuobjekt mente at retten til familieliv først og fremst gjaldt norske borgere eller dersom man hadde norsk barn, og vårt inntrykk var at kunnskapen om menneskerettslige forpliktelser blant intervjuerne var varierende.

6.2.3 Vekt og våre vurderinger

Det henvises i liten grad til EMK i vedtakene, og retten til og respekt for familieliv diskuteres i liten grad. Dette kan være en indikasjon på at dette momentet ikke vies så mye oppmerksomhet, og dermed heller ikke får særlig vekt i vurderingen. Når det gjelder vekt går det et avgjørende skille mellom de tilfeller hvor avslag på familiegjennforening utgjør et brudd på EMK art. 8, og de tilfeller hvor respekt for familielivet kun utgjør et moment uten avgjørende betydning.

Dersom avslag på en søknad om familiegjennforening i den enkelte sak utgjør et brudd med retten til familieliv, må utlendingsmyndighetene innvilge sjøl om andre hensyn taler imot. Dette følger av at retten til familieliv etter EMK art. 8 har forrang foran annen norsk lov dersom det er motstrid, jf. menneskerettsloven § 3. Også ul. § 4 innebærer at overholdelse av konvensjonsforpliktelsen vil være avgjørende.

I vedtakene ser vi at denne konvensjonsforpliktelsen tillegges betydning i saker hvor utlendingsmyndighetene mener det vil være urimelig å henvise søker til å reetablere familielivet i hjemlandet eller et tredjeland. Dersom reetablering et annet sted er svært vanskelig, kan det innebære konvensjonsbrudd, og utlendingsmyndighetene tar særlig hensyn til dette når de trekker fram i momentene at herboende er vernet mot retur (sjøl om det ikke trekkes fram i mange av de sakene hvor det er aktuelt, se nærmere i særskilt vurdering av sikkerhetsmomentet). Det er imidlertid ikke sikkert at alle vedtak hvor det at det er urimelig å henvise til retur i hjemlandet er medvirkende til at det dispenseres, ville medført konvensjonsbrudd. Men hensynet til familielivet er da et av flere hensyn som gjør seg gjeldende i en helhetsvurdering.

I vedtak hvor hensynet til familielivet ikke vil være et tvingende moment, vil hensynet være et moment som taler for innvilgelse, men som likevel kan oppveies av mothensynene. Nettopp dette hensynet ligger til grunn for instituttet familiegjennforening, og retten til familiegjennforening er i utgangspunktet langt videre enn det menneskerettighetene forplikter.

Retten til familieliv, både med henvisning til EMK og andre, er i liten grad trukket fram i vedtakene. Det framkommer i liten grad konkrete vurderinger. Det som særlig er trukket fram i våre intervjuer og i enkelte vedtak, er momentet om at herboende er vernet mot retur eller har flyktningstatus. I EMD ser vi at hindringer ikke trenger å være av denne karakter. F.eks. kan hensynet til etablert familie i Norge, særlig dersom det herboende har fått barn som er født og bodd hele livet her, anses som vesentlig hindring.

Funnene tyder på at det er liten kunnskap om menneskerettigheter blant saksbehandlerne i utlendingsforvaltningen. Kunnskapsnivået er varierende, og blant de som henviser til EMK i vedtak eller omtaler den i intervjuer framstår det ikke som om kunnskapen er tilstrekkelig nyansert, men preges av svært standardiserte og forenklete oppfatninger. I EMDs dissensdom Gül mot Sveits (2000), som gjaldt avslag på familiegjennforening primært begrunnet i manglende oppfyllelse av underholds kravet, synliggjør de ulike hensynene som kan gjøre seg gjeldende og hvor sammensatte vurderingene er.

Vi vil også påpeke at UNE har en uryddig argumentasjon med hensyn til beskyttelse av etablert og ikke etablert familieliv. UNE skriver i tre vedtak at EMK art. 8 *”er først og fremst tenkt å beskytte et allerede etablert familieliv, og gir slik sett ingen rett til å etablere nytt familieliv eller reetablere familieliv i Norge”*. Familierelasjonene mellom foreldre og barn er etablert, og i henhold til EMK og respekten for familieliv går det først og fremst et vesentlig skille mellom å etablere nytt familieliv og gjenforene et allerede etablert familieliv.⁹⁵ Utlendingslovutvalget foreslo å framheve dette skillet mellom

⁹⁵ Einarsen, op.cit., 2004 side 72-73

familieetablering og familiegjenforening i NOU 2004:20, ved at det ble foreslått særskilte bestemmelser for hver type. Dette forslaget er ikke videreført av departementet i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007).

6.3 Barnets beste

6.3.1 Innledning

Etter barnekonvensjonen art. 3 skal barnets beste være et grunnleggende hensyn i alle forvaltningsavgjørelser. Dette innebærer at barnets beste er et argument for å innvilge familiegjenforening dersom dette er til barnets beste, men det innebærer også at man ikke bør innvilge dersom det foreligger forhold som tilsier at det ikke er til barnets beste å flytte til Norge.

I uf. § 23 bokstav e om familiegjenforening for barn når én av foreldrene har opphold i riket, stilles det vilkår om at det må være til barnets beste å få oppholdstillatelse i Norge. Det kan være at herboende forelder ikke er egnet som omsorgsperson, er rusmisbruker etc. UDI eller UNE undersøker ikke om det foreligger slike forhold på eget initiativ, men det tillegges vekt dersom det kommer fram i forbindelse med søknaden. Derimot er det ikke utelukket at det fortsatt kan være til barnets beste å komme til Norge sjøl om herboende ikke er en godt fungerende omsorgsperson. Det må i denne vurderingen foretas en sammenlikning av forholdene der barnet oppholder seg, mot de forventede forholdene i Norge. Barnet kan mangle alternative omsorgspersoner i hjemlandet, og i Norge kan familien få hjelp av et barnevernsapparat.

Uf. § 24 bokstav f om familiegjenforening for fosterbarn krever at norsk barnevernmyndighet godkjenner fosterhjemmet, og familiegjenforening mellom helsøsken etter uf. § 24 bokstav g krever at barneverntjenesten vurderer herboendes omsorgsevnene. I disse sakene gjennomføres dermed en systematisk undersøkelse for å kartlegge om det vil være til barnets beste å få familiegjenforening med herboende fosterforeldre eller søsken.

Det er vanskelig å si noe generelt om hva som ligger i barnets beste, men et utgangspunkt i barneretten er at det vanligvis er til barnets beste å vokse opp sammen med sine foreldre. Dette er lagt til grunn i barnekonvensjonen i art. 7 om retten til å kjenne og få omsorg fra sine foreldre, og det framheves i preamblet. Dette biologiske prinsippet legges også til grunn som et utgangspunkt i barnelovgivningen. I forarbeidene til sosialtjenesteloven⁹⁶ ble det biologiske prinsipp formulert og begrunnet på denne måten:

"I den siste av de Høyesterettsdommer (Rt. 1984 s. 289⁹⁷) som er referert foran, er det lagt til grunn som lovens (barnevernloven⁹⁸) utgangspunkt i dag at barn bør vokse opp hos sine biologiske foreldre. Etter utvalgets oppfatning bør en holde fast ved dette utgangspunkt. Det ligger i vår samfunnsordning at foreldre oppdrar sine egne barn. Tilknytning til de biologiske foreldre er i seg selv en ressurs for barnet."

Utover at det vanligvis vil være til barnets beste å vokse opp med sine foreldre, er det mange andre faktorer innenfor utlendingsretten som spiller inn i vurderingen. Det er for eksempel ikke gitt at barn fra fattigere land vil få det bedre i Norge sjøl om de oppnår høyere materiell levestandard. Men som vi påpekte i vurderingen av momentet om humanitære og sosiale forhold, bør det legges til grunn at det vil være til barnets beste å få familiegjenforening med foreldre i Norge dersom de ikke får oppfylt grunnleggende humanitære, sosiale og økonomiske behov og rettigheter der de oppholder seg. Det samme kan man si dersom det for eksempel foreligger en krigssituasjon som gjør forholdene i hjemlandet utrygg for barna.

Barnet har en primær tilknytning til hjemlandet hvor det kjenner språk og kultur og føler seg knyttet til øvrig familie. Det innebærer at en del barn kan ha det like bra eller bedre i sitt hjemland enn de vil få i Norge. Det kan særlig gjelde for eldre barn som har opparbeidet sterkere selvstendig tilknytning til sine omgivelser, og spesielt hvis det er lenge

⁹⁶ NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester m.v. side 171

⁹⁷ Vår henvisning

⁹⁸ Vår henvisning

siden foreldrene forlot dem og de har en tilfredsstillende og stabil omsorgssituasjon med andre voksenpersoner.

I EMD-saken Gül mot Sveits (1996) avsnitt 30 kom flertallet til at det ikke var brudd på EMK art. 8 å avslå familiegjengenforening. EMD så også hen til hvor sønnen ville få det best, og viste til at han hadde en stabil omsorgssituasjon hos sin storebrors familie, mens foreldrene i Sveits ikke var kapable omsorgspersoner:

“Mr Gül had left Turkey when his younger son Ersin was three months old, and had never attempted to develop a family life in his country of origin. In addition, the focus of that son's family life was in Turkey since, even after his mother's departure, the child had been taken in as a member of his elder brother's family. Furthermore, the fact that Mr and Mrs Gül's daughter Nursal had been placed in a home in Switzerland showed that they were in any event incapable of assuming their parental responsibilities with regard to the boy.”

Det finnes ikke alltid opplagte løsninger for hva som er barnets beste, og det vil være en totalvurdering av ulike momenter i den enkelte sak, basert på en konkret og individuell vurdering. For to barn som får det nøyaktig like bra i Norge, kan det for det ene barnet som kommer fra et stabilt land og får ivaretatt sine grunnleggende behov i hjemlandet være bedre å vokse opp i det samfunnet hvor det er etablert og har sin tilknytning, mens det andre barnet fra et fattig og krigsherjet land vil få det bedre i Norge. Og sjøl om det er en del generelle retningslinjer som sier hva som vil være til barnets beste i de fleste tilfeller, så vil ikke dette gjelde alle individer. Det kan avhenge av det enkelte barn, og kan være vanskelig eller umulig å vurdere på forhånd. Noen barn vil trives med etablere seg i et nytt land, og er tilpasningsdyktige. Andre barn vil i større grad savne hjemlandet og øvrig familie, eller kan ha tilpasningsproblemer etc.

I kartleggingen av hva som er til barnets beste, har barnet rett til å bli hørt. Dette er hjemlet i barnekonvensjonen art. 12 og fvl. § 17 første ledd. Dette ivaretas gjennom intervjuer med barna på ambassadene som mottar søknaden.

Vi bemerker at vi her ser i hvilken grad barnets beste spesifikt blir trukket inn i vedtakene. Men barnets beste er et overordnet prinsipp som også kommer til anvendelse ved vurderingen av de øvrige momentene.

6.3.2 Funn

Det må innledningsvis bemerkes at det er vanskelig på påvise i hvilken grad barnets beste er med i vurderingene som vedtakene baserer seg på. For det første er barnets beste en overordnet retningslinje som skal ligge til grunn for alle vedtakene som fattes, jf. barnekonvensjonen art. 3. Vi forutsetter at dette er gjort, sjøl om vurderingene ikke framkommer av vedtaket. Dessuten ligger barnets beste også til grunn for mange vurderinger som framkommer av vedtaket, sjøl om det ikke refereres spesifikt til barnets beste. Ved vurderinger av momenter som den humanitære situasjonen barna befinner seg i og om de har andre omsorgspersoner, er barnas beste selve grunnlaget for disse vurderingene.

Barnekonvensjonen ble anført av søkerne i forbindelse med 13 vedtak.

Fem UNE-vedtak henviser til barnekonvensjonen, og det er de samme vedtakene som henviser til EMK art. 8. Som vi ser av vedtaksutdragene tatt inn under forrige moment om retten til familieliv, så nevnes barnekonvensjonens art. 3 og retten til familieliv etter EMK art. 8 samtidig. Tilsvarende er henvisningene til barnekonvensjonen også standardiserte.

I ytterligere seks vedtak henvises det til den rettslige standarden barnets beste, uten at det er henvist til konvensjonen i vedtaket. Disse vedtakene er litt mer interessante enn de hvor barnekonvensjonen er nevnt, fordi vedtakene innebærer en mer konkret vurdering av hva som er barnets beste i den konkrete saken. I disse vedtakene bærer vurderingen mer preg av at barnets beste trekkes fram på grunn av den konkrete situasjonen.

I fire vedtak vurderer UNE at det er til barnets beste for to herboende barn at søkerne får oppholdstillatelse i Norge:

”Når det gjelder mulig gjenforening i Syria viser nemnda spesielt til hensynet til ”barnets beste” for de to herboende barna, og til at det for herboende mor eventuelt vil være særdeles vanskelig å etablere seg i Syria alene med seks barn.”

Men UNE vurderer barnets beste for søkerne også når de begrunner dispensasjonen med den vanskelige situasjonen søkerne befinner seg i:

”Slik saken er opplyst er barna i en fortvilet situasjon i Damaskus nå, uten tilsyn på dagtid og om natten og uten skolegang.”

I to saker påpekes det oppsummeringsvis etter å ha trukket fram momentene at hensynet til barnets beste taler for dispensasjon:

”Nemnda har etter en totalvurdering av saken kommet til at det er grunnlag for å anvende denne unntaksbestemmelsen i klagerens tilfelle. Nemnda har sett hen til at deres far er drept og at de ikke har faste omsorgspersoner hvor de nå oppholder seg. De er 11 og 13 år gamle er således i en sårbar alder. Nemnda har videre sett hen til at deres mor har fått oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 15 første ledd som er en beskyttelsesbestemmelse. Dette gjør at det ikke kan forventes at hun gjenforenes med barna i hjemlandet. Nemnda mener hensynet til barnets beste klart taler for å gjøre unntak fra underholdskravet i et slikt tilfelle.”

I merknadene til to vedtak diskuteres hva som er barnets beste:

”At mindreårige barn er igjen alene i hjemlandet, er ikke ansett å være et forhold som i seg selv tilsier at det gjøres unntak fra underholdskravet, med mindre det foreligger helt spesielle omstendigheter som skiller klagerens situasjon vesentlig fra situasjonen for andre

som lever under sammenlignbare forhold. Man har da foretatt en konkret vurdering av barnets situasjon i hjemlandet/oppholdslandet. Hensynet til barnets beste vil også her være et relevant og tungtveiende moment, men hva som anses som barnets beste er i slike situasjoner ikke alltid like klart. Ofte kan klagerens situasjon ha oppstått som følge av omsorgspersonenes/foreldrenes eget valg, ved at de selv har reist til Norge i familiegjennforeningsøyemed eller for å fremsette søknad om asyl. Det er derfor i slike saker også lagt vekt på om det foreligger muligheter for at familien kan gjenforenes i klagerens eller referansens hjemland/oppholdsland.”

I merknadene legges det til grunn et voksenperspektiv ved vurderingen av barnets beste, ved at man i vurderingen av hva som er barnets beste tar i betraktning de handlinger foreldrene har gjort og som har medført denne situasjonen.

Dette kommer enda tydeligere fram i to andre vedtak. Her henvises det ikke i ordlyden til ”barnets beste”, men standarden er den underliggende vurderingen når nemnda drøfter barnas situasjon. Saken gjelder to barn på 11 og 12 år som er igjen i hjemlandet, og UNE skriver:

”Nemnda har merket seg anførselene om at barna savner sin mor og de fremlagte legeerklæringer om deres psykiske tilstand. Nemnda har i likhet med direktoratet vektlagt at situasjonen er selvvalgt i og med at deres mor har valgt å reise til Norge og bosette seg her.”

En annen sak sier noe om avveiningen av barnets beste opp mot de innvandringspolitiske hensyn. Saken gjaldt 15 år afghansk gammel gutt som søkte familiegjennforening med herboende bror. Søkeren hadde mistet sine foreldre, flyktet til Iran og forsøkt å komme seg til Europa ved to anledninger. På vedtakstidspunktet bodde han på hospits i Hellas, hvor han hadde søkt om asyl:

”Også barnekonvensjonen art. 3 om å ta hensyn til hva som gagnar barnet best, må sees hen til. Det er likevel ikke slik at barnets beste er avgjørende i alle utlendingssaker. Også andre hensyn må vektlegges. Regelverket er preget av at innvandringspolitiske hensyn er gitt sterkere vekt enn barnets beste i slike saker. I denne saken har det videre ikke fremkommet opplysninger som tilsier at et avslag vil være til skade for klageren, utover hva som ellers vil følge i denne type saker, og hvor konsekvensene er avveid ved utformingen av regelverket.”

I intervjuene spurte vi hva saksbehandlerne la i den rettslige standarden barnets beste. Mange av intervjuobjektene (6 stk) framhevet at det som utgangspunkt var til barnets beste å være sammen med sine foreldre, og at dette dermed talte for å innvilge familiegjenforening. Men noen påpekte at det i tillegg var en konkret og individuell helhetsvurdering og at flere forhold kunne spille inn. Enkelte påpekte at det ikke nødvendigvis var slik at det alltid var til barnets beste å komme til Norge dersom de hadde det bra i hjemlandet.

Når det gjelder barnets mening er ikke dette noe selvstendig moment som ble spesifikt nevnes i noen av vedtakene. Det tas som en selvfølge at barna ønsker å komme hit.

6.3.2.1 Bruk av barnefaglig kompetanse/uttalelser

Flere av intervjuobjektene påpekte at vurderingen av hva som er barnets beste er vanskelig, og vi spurte også om bruk av barnefaglig kompetanse i vurderingene. Den eneste systematiske bruk av barnefaglig kompetanse i saksbehandlingen er ved søknad om familiegjenforening med fosterbarn og søsken, jf. uf. § 24 f og g, hvor det innhentes barnefaglig vurdering av fosterhjemmet/herboendes omsorgsevne. Men det innhentes i liten grad uttalelser om vurdering av vurderingen av hva slags avgjørelse som er til søkerens beste utover den obligatoriske vurderingen av fosterhjem eller herboendes omsorgskompetanse. Det er blitt ikke gjort i noen av sakene vi har sett på.

Fra et intervjuobjekt i UNE ble det besvart med man i UNE hadde vurdert å styrke den barnefaglige kompetansen:

”Det har vært drøftet i UNE om vi skulle ansette en person med barnefaglig kompetanse eller om vi skulle skolere nemndledere og saksbehandlere i dette feltet. Det var på denne bakgrunn UNE arrangerte en fagdag om Barnekonvensjonen i juni 2006 og at hovedtemaet for ”UNE-seminaret” i 2007 var ”barn”.

I UDI mente det ene intervjuobjektet at det var en ulempe at de som jobber der ikke har erfaring fra barnevern osv. Sjøl om noen har barnerettslig kompetanse, vil det være fordel med mer barnefaglig kompetanse. Men nødvendig kompetanse kan også innhentes eksternt ved behov. Det ble også påpekt at bruk av barnefaglig kompetanse kan være svært vanskelig når barnet befinner seg i utlandet, da det vil være liten mulighet for å undersøke forholdene og treffe barnet.⁹⁹

6.3.3 Vekt og våre vurderinger

I vektingen er det mange faktorer som kan tale for og mot dispensasjon. Tyngden av de innvandringspolitiske hensyn kan også variere fra sak til sak. Det kan også være at det er uklart om barnet får det bedre med familiegjenforening i Norge, eller at det eventuelt bare er snakk om marginale forbedringer.

Barnets beste og barnekonvensjonens forpliktelser blir i liten grad blir nevnt i vedtakene. Dette er påfallende, tatt i betraktning at alle vedtakene vi har sett på gjelder barn, hvor norske myndigheter er forpliktet til å vurdere barnets beste etter barnekonvensjonen art. 3. Når barnekonvensjonen er nevnt, er det i form av standardbegrunnelser og i generelle vendinger, og det er i liten grad gjort konkrete individuelle vurderinger.

⁹⁹ Se punkt 6.8.2.3

Barnekonvensjonen art. 3 må være et utgangspunkt for vekten av barnets beste. I flere saker kom det fram at momentet ble tillagt vekt. I merknadene til to saker skriver saksbehandleren at man foretar en konkret vurdering av barnets situasjon, og *”hensynet til barnets beste vil også her være et relevant og tungtveiende moment.”*

Det synes likevel klart i forvaltningspraksis at andre hensyn som står i motstrid med barnets beste kan bli tillagt avgjørende vekt, og særlig da innvandringspolitiske hensyn. Innvandringspolitiske hensyn kan alene veie tungt nok til å tilsidesette hensynet til barnets beste.

I sak sitert på side 92 vedrørende vektlegging av barnets beste kontra innvandringspolitiske hensyn, synes UNE å tillegge barnets beste mindre betydning. I vedtaket starter saksbehandler med at *”også barnekonvensjonens art. 3 om å ta hensyn til hva som gagnar barnet mest, må sees hen til.”* At man skal ”se hen til” barnets beste høres ut som om man ikke gir det en sentral plass i vurderingen, men at det er et hensyn som man også må ha et blikk på. Dette underbygges videre i resonnementet om at barnets beste ikke er avgjørende i alle saker, at også andre hensyn må vektlegges og at saksbehandler mener at de innvandringspolitiske hensyn *”er gitt sterkere vekt”* ved at de preger regelverket.

I vedtaket påstås det uten nærmere begrunnelse at regelverket er preget av at innvandringspolitiske hensyn er gitt større vekt enn barnets beste. Sjøl om innvandringspolitiske hensyn hjemlet i ul. § 2 skal prege praktisering av hele loven, er ikke det en opplagt konklusjon i den enkelte sak. At barnets beste skal veie tungt har juridisk sett en sterkere rettslig forankring enn de innvandringspolitiske hensyn gjennom barnekonvensjonen art. 3 og forrangbestemmelsen i menneskerettsloven¹⁰⁰. Sjøl om utlendingsforvaltningen mener at barnekonvensjonen art. 3 åpner for at andre hensyn, deriblant innvandringspolitiske hensyn, kan veie tungt og medføre at barnets beste ikke alltid kan få gjennomslag, er allikevel det udiskutable og klare formål med art. 3 at barnets beste skal være et hovedhensyn i alle forvaltningsavgjørelser. Barnekonvensjonen art. 3 er

¹⁰⁰ Se punkt 3.3.7

en forpliktelse om at barnets beste må prege de regelverk og avgjørelser som omhandler barn.

Det kan også diskuteres om denne oppfatningen er i tråd med lovgivers intensjoner, som mener at barnets beste gjennomsyrrer regelverket. I Ot.prp. nr. 75 om ny utlendingslov¹⁰¹ beskriver regjeringen gjeldende rett etter barnekonvensjonen slik: *”Konvensjonen bygger på prinsippet om barnets beste og er utledet av tanken om at barn er mer sårbare enn voksne, og at de derfor trenger særskilt vern og omsorg. I tillegg slås det fast at barn har selvstendige rettigheter innenfor folkeretten, og at et barneperspektiv skal gjennomsyre alle beslutninger som fattes og har betydning for barn.”* Departementet har i lovforslaget inntatt særskilte bestemmelser i ny utlendingslov for å styrke og sikre barns rettslige stilling innenfor utlendingsretten.

Vi synes det ser ut til å være behov for å klargjøre at barnets beste skal være et sentralt og grunnleggende hensyn, og øke kompetansen og bevisstheten blant saksbehandlerne om det konkrete innholdet i barnets beste og hvordan dette bør vurderes i den enkelte sak.

6.3.3.1 Om manglende barneperspektiv

At det legges et *voksenperspektiv* til grunn ved vurderingen av barnets beste er ikke i tråd med lovgivers oppfatning av hvordan barnets beste skal vurderes, jf. utdrag fra Ot.prp. nr. 75 over, om at et barneperspektiv skal gjennomsyre alle beslutninger. Et eksempel på at vurderingene ikke tar utgangspunkt i barna, er to vedtak hvor UNE skriver at man har *” i likhet med direktoratet vektlagt at situasjonen er selvvalgt i og med at deres mor har valgt å reise til Norge og bosette seg her”*. Ved å skrive at barns situasjon er sjølvalgt når det er foreldrene som har satt dem i situasjonen, ansvarliggjør UNE barn på lik linje som voksne, sjøl for valg barna ikke har gjort. I situasjoner hvor foreldre frivillig forlater sine barn, er dette et moment som kan brukes mot foreldrenes krav om å få utøve sitt familieliv i Norge.

¹⁰¹ Side 53

Men i vurderingen av barnets beste bør det foretas en uavhengig og objektiv vurdering for hva som er best for barnet, og det må være fra barnets perspektiv.

Et annet eksempel på at det ikke legges til grunn et tilstrekkelig barneperspektiv i vurderingen, er et forhold vi også kommer tilbake til under momentet om sikkerhetsmessig situasjon. Det er ikke i noen vedtak vurdert den sikkerhetsmessige situasjonen for barna. I den grad sikkerhetsmessig situasjon er nevnt, er det i vurderingen av foreldrenes mulighet til å reetablere familielivet i hjemlandet, basert på om foreldrene har et beskyttelsesbehov.

6.4 De sikkerhetsmessige forholdene i hjemlandet eller oppholdslandet

6.4.1 Innledning

Med de sikkerhetsmessige forhold ser vi på om det i vedtakene er vurdert om krig, forfølgelsesfare eller annen sikkerhetsrisiko i hjemlandet eller oppholdslandet har betydning for skjønnsvurderingen.

Ofte vil de sikkerhetsmessige forholdene være mer aktuelt ved vurderingen av hjemlandet enn oppholdslandet. Sikkerhetsmessige forhold i hjemlandet er ofte medvirkende årsak til at mange ikke oppholder seg i sitt hjemland. Dessuten er det hjemlandet som er mest aktuelt sted å henvise familien til gjenforening dersom det ikke innvilges i Norge. Men det er i noen saker anført sikkerhetsmessige problemer også i barnas oppholdsland.

6.4.2 Funn

Den sikkerhetsmessige situasjon ble lagt vekt på som del av en helhetsvurdering i til sammen 6 vedtak. Vedtakene gjaldt den sikkerhetsmessige situasjonen i *hjemlandet*. Den sikkerhetsmessige situasjonen i *oppholdslandet* ble ikke vektlagt i noen vedtak, verken i 2005 eller 2006.

Vanskelig sikkerhetsmessig situasjon i oppholdslandet ble anført av søkerne som argument for dispensasjon i forbindelse med 12 vedtak, mens vanskelig sikkerhetsmessig situasjon i hjemlandet ble anført i forbindelse med 6 vedtak. I disse anførslene var det den sikkerhetsmessige situasjonen for *søkerne* som var framhevet.

I de 6 vedtakene hvor sikkerhetsmessig situasjon i hjemlandet blir trukket fram i vurderingen, tar ikke vurderingen utgangspunkt i *søkernes* sikkerhetsmessige situasjon i hjemlandet, men *herboendes* sikkerhetssituasjon ved en eventuell retur. Det er derfor ikke

sammenheng mellom saker hvor det ble anført sikkerhetsmessige forhold som argumenter for å dispensere fra søkerens side, og de saker hvor sikkerhetsmessige forhold trekkes fram i vurderingen som ble foretatt av UDI eller UNE. I alle seks vedtak gis det dispensasjon fra underholdskravet. I to av disse sakene innvilges derimot ikke søknaden av UNE, men etter å ha gitt dispensasjon fra underholdskravet sendes saken tilbake til UDI for ny førsteinstansvurdering av personkretsen.

Fra de aktuelle vedtakene sies det følgende:

I en sak vedrørende fire barn som søker familiegjennforening med mor, skriver UNE (enstemmig nemndmøte):

”Nemnda finner det ikke rimelig at en gjenforening eventuelt skal skje i Somalia – eller i Syria. Når det gjelder hjemlandet Somalia viser nemnda til at herboende mor i 2003 fikk en tillatelse etter loven § 8 annet ledd, jf. forskriften § 21 første ledd. På denne bakgrunn fremstår det ikke som rimelig at familiegjennforening skjer i hjemlandet.”

Uf. § 21 første ledd henviser til de som er vernet mot retur, men som ikke får asyl, jf. ul. § 15 første ledd. Dette oppholdsgrunnlaget for herboende henvises det også til som argument for dispensasjon i de to øvrige saker hvor sikkerhetsmessig situasjon i hjemlandet er vurdert:

”Nemnda har etter en totalvurdering av saken kommet til at det er grunnlag for å anvende denne unntaksbestemmelsen i klagernes tilfelle. (...) Nemnda har videre sett hen til at deres mor har fått oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 15 første ledd som er en beskyttelsesbestemmelse. Dette gjør at det ikke kan forventes at hun gjenforenes med barna i hjemlandet.”

I forbindelse med disse vedtakene var det utarbeidet interne merknader av saksbehandler, og hvor morens oppholdsgrunnlag framheves som et moment som taler for innvilgelse. I merknadene skrives det:

”I forskriften § 25 fjerde ledd bokstav gjøres det unntak fra underholdskravet dersom referansen er overføringsflyktning eller har fått asyl. Frem til 2003 var det tilsvarende unntak dersom referansen hadde fått oppholdstillatelse på humanitært grunnlag (tillatelse i medhold av utlendingsloven § 8 annet ledd jf utlendingsforskriften § 21) etter søknad om asyl. Ved forskriftsendring som trådte i kraft 1. mai 2003 ble det innført et krav om sikret underhold også hvor referansen har fått oppholdstillatelse på humanitært grunnlag etter søknad om asyl. Slik hadde reglene også vært før 1997. (...)

Etter dette vil ikke det forhold at referansen har oppholdstillatelse på humanitært grunnlag i seg selv være tilstrekkelig til at ”særlig sterke menneskelige hensyn” foreligger.

Referansen i vår sak har tillatelse i medhold av utlendingsloven § 15 jf utlendingsforskriften § 21 første ledd, i det hun er vernet mot retur til hjemlandet.”

I notatet framheves det at fordi underholdskravet ble gjeninnført for de som fikk opphold på humanitært grunnlag, også de med et beskyttelsesbehov, kan ikke et beskyttelsesbehov begrunne en praksis hvor man dispenserer på dette grunnlaget alene. Saksbehandler mener det vil være i strid med reglene om at underholdskrav skal være hovedregel også når herboende har beskyttelsesbehov.

Merknadene avslutter med å liste opp argumenter for og imot å dispensere:

”Argumenter som taler for at særlig sterke menneskelige hensyn foreligger i klagernes tilfelle:

- *Herboende har oppholdstillatelse i medhold av utlendingslovforskriften § 21 første ledd. Norske myndigheter anser utlendingsloven § 15 til hinder for at herboende returnerer til hjemlandet.*

- *Barna lever etter det opplyste uten faste omsorgspersoner.*

Argumenter som taler mot at "særlig sterke menneskelige hensyn" foreligger i klagerne tilfelle:

- *Klagerne situasjon skiller seg ikke ut i forhold til andre som lever under tilsvarende forhold. Etter det opplyste er klagerne friske.*
- *Nemndas praksis på området er streng. Etter praksis anser ikke nemnda det forhold at referansen har tillatelse i medhold av § 21 første ledd i seg selv som tilstrekkelig til at "særlig sterke menneskelige hensyn" anses å foreligge.*
- *Det er ikke fremkommet opplysninger i saken som viser at referansen ikke er i stand til å skaffe seg inntektsgivende arbeid.*
- *Barnas alder - 13 og 15 år - eldre barn er mindre sårbare enn yngre.*
- *Klagerne og referansen kan utøve familieliv i klagerne oppholdsland"*

I merknadene trekkes vedkommendes oppholdsgrunnlag fram som ett av to argumenter som taler for dispensasjon. Men blant motargumentene presiseres det også at en slik oppholdstillatelse alene ikke kan danne grunnlag for dispensasjon.

At herboende er vernet mot retur, og ikke kan gjenforenes med sine barn i hjemlandet, framholdes derfor ikke være et tilstrekkelig argument i seg sjøl.

Det er for øvrig verdt å merke seg at det i vurderingen av adgang til å reetablere familielivet i tredjelandet barna oppholder seg i, kommer med motsatte konklusjoner i forhold til søskenflokkene i Syria og søskenflokkene i Kenya. Dette er ikke nærmere begrunnet. Det ser ikke ut til å være gjort noen vurdering av barnas oppholdsgrunnlag adgangen til legalisert familieforening i oppholdslandet. I og med at UNE velger å dispensere i begge sakene, settes imidlertid ikke dette på spissen.

At den sikkerhetsmessige situasjon i liten grad er trukket fram i vedtakene, er ikke helt i samsvar med det inntrykk vi fikk i intervjuene. Flere påpekte at det forhold at herboende har opphold av beskyttelsesgrunner kan være et viktig argument for å dispensere, da det ikke er rimelig å henvise til gjenforening i hjemlandet. Momentet kan selvsagt være vurdert av saksbehandlerne sjøl om det ikke er trukket fram i det store flertallet av i vedtakene vi så

på. Det må også tas forbehold om at det kan være mange innvilgelsessaker i UDI som vi ikke har lest, og hvor herboendes beskyttelsesbehov er tatt i betraktning.

Som nevnt over er det i vedtakene hvor sikkerhetsmessig situasjon er nevnt, kun hensynet til *herboendes* beskyttelsesbehov som er vurdert. Den sikkerhetsmessige situasjonen for barna, som er søkere og part i saken, er ikke gjenstand for vurdering i noen vedtak.

Når det gjelder *søkernes* sikkerhetssituasjon, og om dette tas i betraktning, er svarene varierende mellom intervjuobjektene. Noen påpekte at barnas vanskelige sikkerhetsmessige situasjon kunne inngå i en helhetsvurdering, men understreket at det måtte foreligge særskilte omstendigheter som gjorde at de aktuelle barna var særskilt utsatt. Dersom barnas sikkerhetssituasjon ikke skilte seg vesentlig fra andre barn, var det ikke et moment av betydning. Det ble også påpekt at sikkerhetssituasjonen i seg sjøl neppe var tilstrekkelig, men kunne inngå som et moment i helhetsvurderingen.

To intervjuobjekter mente barna burde henvises til å søke beskyttelse hos UNHCR eller søke asyl dersom de var i sikkerhetsmessige problemer, og mente at momentet ikke var særlig relevant ved vurderingen av særlig sterke menneskelige hensyn som grunnlag for å dispensere for underholdskravet i sak om familiegjeningforening.

6.4.3 Vekt og våre vurderinger

6.4.3.1 Om herboendes sikkerhet ved retur

I vedtakene vi har sett på er momentet tillagt vekt i de seks vedtakene hvor det er nevnt. Til sammen er det i 69¹⁰² vedtak (dvs. 60 % av vedtakene vi har sett på) slik at herboende har oppholdstillatelse av beskyttelsesgrunner, enten fordi de er vernet mot retur etter ul. § 15 første ledd eller har status som flyktning. Kun i seks av vedtakene er adgangen til å reetablere familielivet i hjemlandet når herboende er vernet mot retur trukket fram i

¹⁰² I tillegg er det to tilfeller som ikke er spesifisert om er etter ul. § 15 første eller andre ledd.

vurderingen i vedtaket. Det vil si at i 63 vedtak hvor det samme momentet gjør seg gjeldende er det ikke nevnt.

Intervjuobjektene nevner at dette er et moment som taler for at det dispenseres, men det påfallende at det likevel sjelden nevnes i vedtak hvor herboende har et slikt beskyttelsesbehov. Det tilsier at det for et stort antall saker hvor hensynet er relevant likevel ikke tillegges særlig vekt.

Samtidig er det slik at momentet ser ut til å ha betydelig vekt i de få sakene hvor det trekkes fram. I to saker referert på side 99 framheves det at det alene ikke kan være tilstrekkelig for å dispensere. Men de øvrige momentene som er trukket fram for å dispensere, er barnas alder og at de er igjen alene uten faste omsorgspersoner. Det er også listet opp flere hensyn som taler imot dispensasjon. De avgjørende momentene i saken tilsvarer situasjonen i mange av de sakene vi ser på (vi vurderer bare barn som er igjen uten foreldre, og mange er uten andre faste omsorgspersoner). I vedtakene synes derfor herboendes beskyttelsesbehov å være tillagt betydelig større vekt enn i andre saker hvor situasjonen ikke skiller seg vesentlig fra dette, men hvor vurdering av beskyttelsesbehov ikke framkommer i vedtaket.

Vi får derfor et inntrykk at det er ulike oppfatninger av momentets betydning, og frykter at det kan medføre forskjellsbehandling. At momentet kun unntaksvis trekkes fram og vurderes er kritikkverdigg, tatt i betraktning at hovedhensynet bak at momentet trekkes inn er retten til familieliv, hvor også folkerettslige forpliktelser etter EMK er relevante (mer om retten til familieliv som eget moment).

Vi vil for øvrig påpeke et uheldig ordvalg i merknadene referert på side 99 og 100. Saksbehandler framhever i merknadene herboendes beskyttelsesbehov og muligheter for gjenforening i hjemlandet, og tillegger dette betydelig vekt. Men i vurderingen av barnets beste (mer om dette som eget moment), omtaler saksbehandleren både frivillig og tvungen migrasjon som et resultat av herboendes ”eget valg”:

”Ofte kan klagerens situasjon (at barnet er igjen alene, vår merknad) ha oppstått som følge av omsorgspersonenes/foreldrenes eget valg, ved at de selv har reist til Norge i familiegjengforeningsøyemed eller for å fremsette søknad om asyl. Det er derfor i slike saker også lagt vekt på om det foreligger muligheter for at familien kan gjenforenes i klagerens eller referansens hjemland/oppholdsland.”

Saksbehandler henter seg litt inn igjen ved å trekke fram at det er en vurdering av muligheter for å gjenforenes i hjemland eller oppholdsland, men å omtale flukt som et frivillig valg rimer dårlig med anerkjennelsen av beskyttelsesbehovet og det forhold at beskyttelsesbehov taler for å dispensere fra underholdskravet. I EMD kritiseres en slik ordbruk når oppholdstillatelsen er resultat av at man har flyktet og søkt asyl, jf. Tuquabo-Tekle og andre mot Nederland (2005) avsnitt 47. Saken gjaldt gjenværende datter som søkte familiegjengforening med herboende mor som hadde flyktet til Norge og fikk oppholdstillatelse fordi hun var vernet mot retur (hun flyttet senere til Nederland):

“At this juncture the Court would remark that it is questionable to what extent it can be maintained in the present case, as the Government did, that Mrs Tuquabo-Tekle left Mehret behind of “her own free will”, bearing in mind that she fled Eritrea in the course of a civil war to seek asylum abroad following the death of her husband.”

6.4.3.2 Om søkerens sikkerhetssituasjon

De anførte sikkerhetsproblemene for søkerens del (anført i 18 vedtak) er ikke vurdert i noen av vedtakene. Saksbehandlerne vi intervjuet virker ikke samstemte i vurderingen av om hensynet til om søkerens sikkerhetssituasjon er relevant. Enkelte av saksbehandlerne gav uttrykk for at den sikkerhetsmessige situasjonen kan gå inn i en helhetsvurdering, eventuelt at det kan medføre prioritert saksbehandling. Andre henviste barna til å søke asyl dersom de hadde et sikkerhetsmessig problem.

At momentet for barnas del ikke framkommer i noen vedtak, heller ikke når det er anført, tyder på at momentet i liten grad anses som relevant, og i hvert fall at det har svært liten vekt.

Vi mener det er sterkt kritikkverdig at søkernes sikkerhetssituasjon overhodet ikke er vurdert i vedtakene, og tillegges minimal vekt. Det er også påfallende når flertallet av vedtakene gjelder barn fra Somalia. Mange av deres omsorgspersoner i Norge har fått opphold på grunn av beskyttelsesbehov etter ul. § 15 første ledd. UNHCRs anbefalinger for de som kommer som asylsøkere fra Sør-Somalia er at de som ikke får asyl, bør få en subsidiær beskyttelse på grunn av sikkerhetssituasjonen i hjemlandet.¹⁰³ Det er grunn til å anta at mange av de samme vurderingene som er gjort i forbindelse med foreldrenes beskyttelsesbehov (for eksempel at man tilhører en minoritetsklan), også kan gjøre seg gjeldende for deres barn.

I tillegg kan det trekkes fram at barn også er særskilt beskyttet etter barnekonvensjonen art. 6 om retten til liv. Dersom denne retten er truet der barnet befinner seg, må dette få innvirkning på vurderingen av særlig sterke menneskelige hensyn. Det må også få innvirkning på vurderingen dersom barnet står i fare for å bli utsatt for andre krenkelser barnet er beskyttet mot etter barnekonvensjonen, så som:

- mishandling, forsømmelse og misbruk, jf. art. 19
- barnearbeid, jf. art. 32,
- seksuell utnytting og misbruk, jf. art. 34
- bortføring, prostitusjon og salg, jf. art. 35
- fengsel, dødsstraff og tortur, jf. art. 37
- tvangsrekruttering som barnesoldat, jf. art. 38.

En tilnærming som et par saksbehandlere gav uttrykk for om at barna i stedet bør søke om flyktningstatus gjennom UNHCR eller ved asylsøknad, er etter vårt syn både urimelig og

¹⁰³ UNHCR Advisory on the Return of Somali Nationals to Somalia (november 2005) og UNHCR position on the return of rejected asylum-seekers to Somalia (januar 2004)

feil. At søkeren kunne oppnådd beskyttelse ved å oppsøke UNHCR eller søke asyl, kan ikke medføre at beskyttelsesmomentet *utelukkes* som relevant moment i vurderingen av om det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn som grunnlag for å dispensere fra underholdskravet i en sak om familiegjenforening. En rekke andre menneskelige hensyn anses som relevant og tillegges vekt, og beskyttelsesbehov er i høyeste grad også et menneskelig hensyn. Vi kan derfor ikke finne holdepunkter for at søkerens beskyttelsesbehov ikke kan ha betydning. Dersom man har et beskyttelsesbehov, men ikke har tilstrekkelig familiær tilknytning til Norge, kan selvsagt ikke dette beskyttelsesbehovet *alene* danne grunnlag for familiegjenforening. Da er søkerne henvist til flyktningretten. Men i disse sakene er uansett det primære grunnlaget for oppholdstillatelse en familietilknytning. Har mindreårige barn med beskyttelsesbehov foreldre eller andre nære omsorgspersoner i Norge som de søker familiegjenforening med, burde den sikkerhetsmessige vanskelige situasjonen være et relevant argument for å dispensere fra underholdskravet slik at de kan gjenforenes med sine nærmeste omsorgspersoner et trygt sted. Dette vil være den beste løsningen for barna, og ikke at de skal henvises til å oppsøke flyktningleire eller ta seg den farlige veien til Europa for å søke asyl.

6.5 Humanitær og sosial situasjon i hjemland og oppholdsland

6.5.1 Innledning

Her vil vi se hvorvidt en vanskelig humanitær situasjon i hjemlandet eller oppholdslandet kan tale for dispensasjon fra underholdskravet. Med humanitær og sosial situasjon ser vi hen til om søkerne får oppfylt grunnleggende sosiale og økonomiske rettigheter der de oppholder seg: Tilgang på mat, klær, bolig, helsetjenester og skole. Dette er rettigheter barn har krav på etter barnekonvensjonen og konvensjonen om økonomiske og sosiale rettigheter (ØSK). At barna lever med en lavere materiell levestandard enn hva de vil få i Norge, er derimot ikke relevant, så lenge de sosiale og økonomiske behov er sikret på et rimelig nivå.

Vi har registrert hvorvidt forvaltningen har foretatt en vurdering av den humanitære situasjonen, både i hjemlandet og i eventuelt oppholdsland. Forholdene i hjemlandet er relevante for alle saker, da hjemlandet er et naturlig alternativ til oppholdslandet dersom søkerne ikke innvilges familiegjennforening i Norge. Barna oppholder seg kanskje bare midlertidig i oppholdslandet, eller de har ikke oppholdstillatelse der og kan bli nødt til returnere til hjemlandet. Dessuten er hjemlandet vanligvis det mest aktuelle alternativ for å gjenforene familien dersom den ikke kan gjenforenes i Norge. Forholdene i oppholdslandet er relevant i de saker hvor barna oppholder seg utenfor sitt hjemland. Dette gjelder det store flertallet av de vedtakene vi undersøkte: I 104 av 115 vedtak oppholdt barna seg i et tredjeland på vedtakstidspunktet.

Med humanitær situasjon ser vi hen til hvordan utlendingsforvaltningen i skjønnsvurderingen trekker inn både den generelle humanitære situasjonen i landet og individuelle humanitære forhold som gjør seg gjeldende.

6.5.2 Funn

Ikke i noen av vedtakene vi har sett på, nevnes humanitære eller sosiale forhold i *hjemlandet* i vurderingen. Det skyldes trolig at få oppholder seg i hjemlandet, og at dette derfor i liten grad også anføres (anført i tilknytning til seks vedtak). Det er likevel påfallende at det ikke er vurdert i noen saker fordi dette vil være relevant for de fleste saker.

I et lite mindretall av vedtakene kommer det fram vurderinger av om søkerne er i en vanskelig humanitær situasjon i *oppholdslandet*. Dette var også i større grad anført av søkerne, i tilknytning til 43 vedtak.

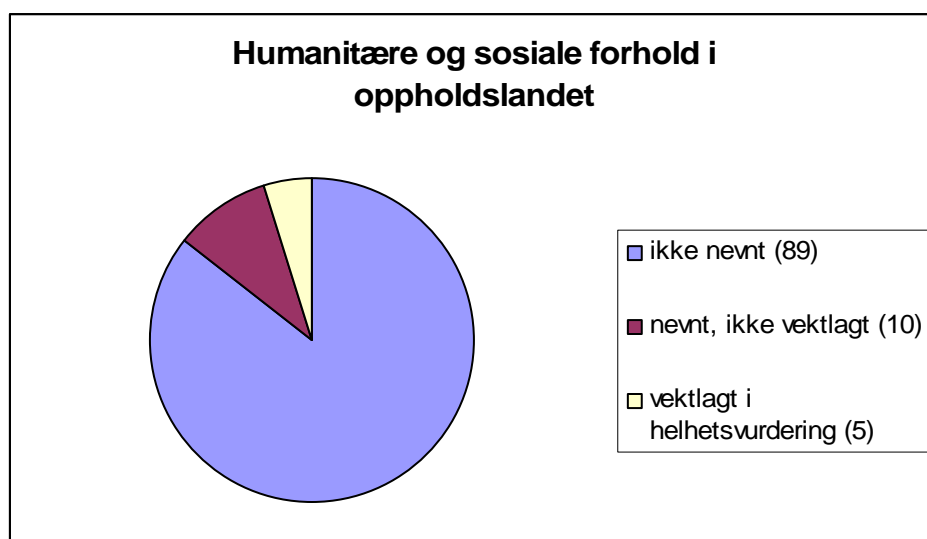


Diagram 6.1.

Vanskelige humanitære forhold i oppholdslandet ble påberopt av søkerne i hele 43 tilfeller, og i tilsvarende problemer i hjemlandet ble påberopt i 6 tilfeller. Det er derfor bare i et fåtall av sakene dette momentet nevnes i vurderingen, sjøl om det er påberopt av søkerne.

Utlendingsforvaltningen skiller mellom de generelle og de individuelle forhold i vurderingen av om det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn, også ved vurderingen av de humanitære forhold i hjemlandet. I en sak bruker UNE vedtaket følgende generelle retningslinje for dispensasjon:

”Det må som utgangspunkt både foreligge helt spesielle og tungtveiende individuelle omstendigheter som skiller klagerens situasjon vesentlig fra situasjonen for andre som lever under sammenlignbare forhold, og disse omstendighetene må med styrke tale for at familiegjennforening innvilges.”

At omstendighetene må være ”helt spesielle og tungtveiende” og ”med styrke tale for”, viser at utlendingsforvaltningen legger til grunn at de humanitære omstendighetene må være ekstraordinært dårlige. Med et krav om at omstendighetene må være ”individuelle”, må søkerens situasjon være spesiell. Det er den ikke dersom den tilsvarer den generelle humanitære situasjonen på stedet der søkeren oppholder seg. Dersom søkeren er i en individuelt sett dårlig humanitær situasjon, kreves det også at situasjonen er ”vesentlig” dårligere enn for andre.

Satt på spissen, innebærer disse vilkårene at dersom normalsituasjonen for barn i det aktuelle land er at barn ikke får gå på skole, at de er boligløse eller at tilgang på mat er dårlig, vil ikke humanitærsituasjonen utgjøre et sterkt menneskelig hensyn som taler for dispensasjon.

I et UNE-vedtak framheves kravet til individuelle omstendigheter, og at en generelt vanskelig humanitærsituasjon ikke får betydning. Søkeren er 12 år fra Afghanistan, og oppholder seg i Pakistan hvor han ikke får gå på skole. Foreldrene er drept av Taliban, og han har siden bodd rundt hos ulike slektninger. Han søker familiegjennforening med en voksen bror i Norge, og UNE vurderer å dispensere fra underholdskravet:

”Etter en helhetsvurdering er nemnda imidlertid kommet til at det ikke foreligger slike særlig sterke menneskelige hensyn, jf. § 25 tredje ledd, som kan begrunne at det gjøres unntak fra hovedregelen. Nemnda viser til at det i henhold til gjeldende praksis skal svært tungtveiende grunner til før bestemmelsen kommer til anvendelse. Nemnda viser videre til

at klagerens situasjon i Pakistan ikke skiller seg vesentlig fra andre afghanske flyktninger som oppholder seg i Pakistan.”

Det er altså den generelle situasjonen for *den gruppen søkeren tilhører* på det *aktuelle sted man oppholder seg* som vurderes. Det er naturlig å forstå det slik at dersom tilsvarende forhold gjorde seg gjeldende for enkelte søkere som tilhørte en mer privilegert gruppe eller kom fra/oppholdt seg i et mer velstående land, ville tilsvarende forhold kunne bli vurdert som spesielle og individuelle omstendigheter som ville blitt vektlagt.

I en annen sak vi så på, som også gjaldt mindreårig afghansk søker som søkte familiegjengforening med voksen bror i Norge, skriver UDI i sitt oversendelsesbrev til UNE:

”Utlendingsmyndighetene har sett hen til opplysningene om søkerens situasjon i Iran og Hellas, men finner ikke at disse i seg selv utgjør slike særlig sterke menneskelige hensyn som denne bestemmelsen krever. Videre vises det til at søkeren etter det opplyste har søkt asyl eller oppholdstillatelse i Hellas, og at denne fremdeles er til behandling. Det forhold at Hellas ikke skal tilby de samme økonomiske og sosiale godene til flyktninger kan heller ikke tillegges vekt.” ¹⁰⁴

Vedtaket sier at de vanskelige forholdene *i seg sjøl* ikke utgjør særlig sterke menneskelige hensyn. Vedtaket stemmer med det saksbehandlere ga uttrykk for i intervjuene om at en vanskelig humanitær situasjon alene ikke medfører dispensasjon, men kan få betydning sammen med andre momenter som taler for dispensasjon. Siste setning i vedtaksutdraget over synliggjør også at en lavere materiell standard ikke tillegges vekt.

I de vedtak hvor det nevnes en vanskelig humanitærsituasjon, er dette ofte gjort til en standardfrase: UNE nevner at de har merket seg den vanskelige livssituasjonen som er anført, men henviser uten nærmere begrunnelse til at dette ikke er tilstrekkelig etter en

¹⁰⁴ Utlendingsmyndighetene besluttet i februar 2008 midlertidig stans i uttransportering av asylsøkere til Hellas etter Dublin-forordningen om retur til førsteasylland, blant annet på grunn av dårlige mottaksforhold for asylsøkere i Hellas. Se f.eks. www.une.no

helhetsvurdering. I ti saker er humanitære og sosiale forhold nevnt, men ikke vektlagt. Tilsvarende standardformulering skriver UNE i disse to eksemplene:

“The Board has noted the arguments regarding the appellant’s situation in Kenya, where she resides. However, following an overall assessment, the Board has concluded that there are no such particularly strong humanitarian considerations, cf. section 25, third paragraph, which may give grounds to exceptions of the main rule.”

”Nemnda har merket seg anførselene om at klagerens onkel ikke lenger ønsker å ta seg av klageren da hans bror har fått opphold i Norge og at klageren ikke får skolegang i Pakistan. Etter en helhetsvurdering er nemnda imidlertid kommet til at det ikke foreligger slike særlig sterke menneskelige hensyn, jf. § 25 tredje ledd, som kan begrunne at det gjøres unntak fra hovedregelen.”

I en sak med to barn som har mistet foreldrene og søker familiegjenforening med voksen bror i Norge med flyktningstatus, skriver nemndleder i UNE:

”Nemnda har videre sett hen til opplysningene om at klagerne er mindreårige og at de lever i en vanskelig situasjon i Kenya da de verken har oppholdstillatelse eller reisedokumenter, men finner heller ikke at dette taler for at det gjøres unntak fra underholdskravet.”

I dette vedtaket sier nemndleder at ”heller ikke dette taler for at det gjøres unntak”. Vedtakets ordlyd om at en vanskelig humanitær situasjon ikke taler for dispensasjon, står i motsetning til andre vedtak. I andre vedtak, og også i intervjuer med saksbehandlere, legges det til grunn at en vanskelig humanitærsituasjon *taler for* å dispensere. Det er et spørsmål om momentets vekt. Begrensningene ligger i at det må være spesielle og individuelle omstendigheter, og ikke helt generelle forhold, og at andre momenter kan tale sterkt imot dispensasjon.

I en annen sak som omfattet fire søkere, hadde den humanitære situasjonen betydning for den helhetsvurderingen som ble foretatt. Alle søkerne fikk dispensasjon fra underholdskravet. Fire søsken oppholdt seg i et tredjeland på flukt sammen med sin far, og søkte familiegjenforening med mor i Norge. Under behandling av familiegjenforeningssøknaden, døde faren av sykdom. Den norske ambassaden hadde kontakt med UNHCR, som så til barna. UNHCR formidlet gjennom den norske ambassaden at barnas situasjon var prekær, og anmodet om prioritert saksbehandling. I en sak med fire søsken uttaler UNE (enstemmig i nemndmøte):

”Slik saken er opplyst er barna i en fortvilet situasjon i Damaskus nå, uten tilsyn på dagtid og om natten og uten skolegang.”

I våre intervjuer med saksbehandlere var det gjennomgående svaret at man ikke legger avgjørende vekt på humanitære og sosiale forhold, men at dette kan komme inn som del av en større helhetsvurdering.

6.5.3 Vekt og våre vurderinger

Både gjennom vedtak og intervjuer får vi inntrykk av at dårlige sosiale og humanitære forhold i seg sjøl ikke er tilstrekkelig, heller ikke når de er individuelle, men at disse forholdene kan ha betydning i saker hvor også andre momenter taler sterkt for dispensasjon.

Generelt dårlig humanitærsituasjon for en folkegruppe eller i et land, tillegges i liten eller ingen grad vekt i skønnsvurderingen. Dersom en dårlig humanitærsituasjon rammer mange mennesker (og andre potensielle søkere), vil de innvandringspolitiske hensyn tale tungt imot innvilgelse, se nærmere om dette momentet senere. Derfor kreves det at den humanitære situasjonen er spesiell, individuell og skiller seg vesentlig fra øvrige i en sammenliknbar situasjon for at momentet skal få tilstrekkelig tyngde til fordel for søkeren.

Funnene tyder imidlertid på at det kan være ulike synspunkter på hva som er en spesiell og individuell situasjon. I de to vedtaksutdragene under funn, som begge omhandlet søskenflokker på flukt i tredjeland, kom man til motsatte konklusjoner. I første vedtak mener nemndleder at forholdene ikke taler for dispensasjon, i den siste saken tillegges de vanskelige humanitære forholdene for barna i denne situasjonen betydelig vekt i helhetsvurderingen. Det gir inntrykk av at sammenliknbare forhold vurderes ulikt av ulike saksbehandlere.¹⁰⁵

Ingen av vedtakene vurderer den humanitære og sosiale situasjonen i *hjemlandet*. Dette kan forklares med at få oppholdt seg i hjemlandet. Situasjonen i hjemlandet er allikevel av betydning også i saker hvor barna ikke oppholder seg der, jf. innledningen over. Sjøl om de oppholder seg i tredjeland, er det relevant i vurderingen om det er et godt alternativ for barna å returnere til hjemlandet eller om familien kan gjenforenes der. Særlig påfallende blir dette når den største gruppen søkere i vårt saksutvalg kommer fra Somalia, hele 76 vedtak (dvs. 66 %) omhandlet somaliske søkere. Somalia er et land uten fungerende statsadministrasjon, og Sør-Somalia er preget av borgerkrig og uroligheter. Både den sikkerhetsmessige og humanitære situasjonen i Sør-Somalia er prekær. Trolig er det en medvirkende årsak til at samtlige somaliske søkere i vårt utvalg oppholdt seg i tredjeland. Det er kritikkverdig at dette ikke vurderes i noen av de vedtak vi har gått igjennom.

Sjøl om samfunnsforholdene og den humanitære situasjonen er generell, bør det overfor barn være grenser for hvor dårlig den generelle humanitære situasjonen kan være uten at norske myndigheter legger mer vekt på dem. Når barn som søker familiejenforening til Norge ikke får oppfylt de mest grunnleggende sosiale og økonomiske rettigheter etter barnekonvensjonen der de oppholder seg, bør dette være et tungtveiende moment, sjøl om det er et generelt problem. Norge har selvsagt ikke ansvar for at landene barna er fra eller oppholder seg i, ikke oppfyller barnas rettigheter. Men norske myndigheter har en

¹⁰⁵ Se punkt 7.2

forpliktelse til å vurdere barnets beste etter barnekonvensjonen art. 3 for de barna som søker familiegjengenforening. Når grunnleggende sosiale rettigheter etter barnekonvensjonen ikke er oppfylt for de aktuelle barna, vil det vanligvis være klart til barnets beste å få en oppholdstillatelse i Norge slik at disse rettighetene kan realiseres. Barn har for eksempel rett til skolegang etter barnekonvensjonen art. 28. Det at barn ikke får oppfylt denne rettigheten der de oppholder seg, har ikke vært tillagt vekt i de sakene vi har sett på. Det bør av hensyn til barnets beste stilles mindre krav til individualisering av den sosiale og humanitære situasjonen når søkeren er mindreårig.

I en sak illustreres det vi mener er kritikkverdig:

”Nemnda har merket seg anførselene om at klagerens onkel ikke lenger ønsker å ta seg av klageren da hans bror har fått opphold i Norge og at klageren ikke får skolegang i Pakistan. Etter en helhetsvurdering er nemnda imidlertid kommet til at det ikke foreligger slike særlig sterke menneskelige hensyn, jf. § 25 tredje ledd, som kan begrunne at det gjøres unntak fra hovedregelen.”

Søkeren får verken realisert rett til omsorg eller rett til utdanning. I fortsettelsen, for å forsvare at dette ikke kan tillegges avgjørende betydning, skriver UNE:

”Nemnda viser videre til at klagerens situasjon i Pakistan ikke skiller seg vesentlig fra andre afghanske flyktninger som oppholder seg i Pakistan.”

Det synes ikke som UNE i denne vurderingen skiller mellom barn og voksne ved vurdering av de afghanske flyktingenes generelle situasjon.

6.6 Oppholder seg utenfor hjemlandet

6.6.1 Innledning

I mange av sakene som omhandler familiegjenforening oppholder søkeren seg i et annet land enn hjemlandet. Det kan være flere grunner til dette, men skyldes vanligvis uroligheter i hjemlandet. I dette kapittelet skal vi se på om det at barna som søker om familiegjenforening bor i et annet land enn hjemlandet har noe å si i forhold til unntaksvurderingen for underholdskravet.

6.6.2 Funn

I 90 % av vedtakene i vårt saksutvalg oppholder barna seg i et annet land enn hjemlandet under søknadsprosessen. Dette utgjør 104 av 115 vedtak.

Nedenfor følger en oversikt over hvilke land disse barna oppholdt seg i. På grunn av den urolige situasjonen i Somalia, oppholdt mange av søkerne seg i Etiopia eller Kenya.

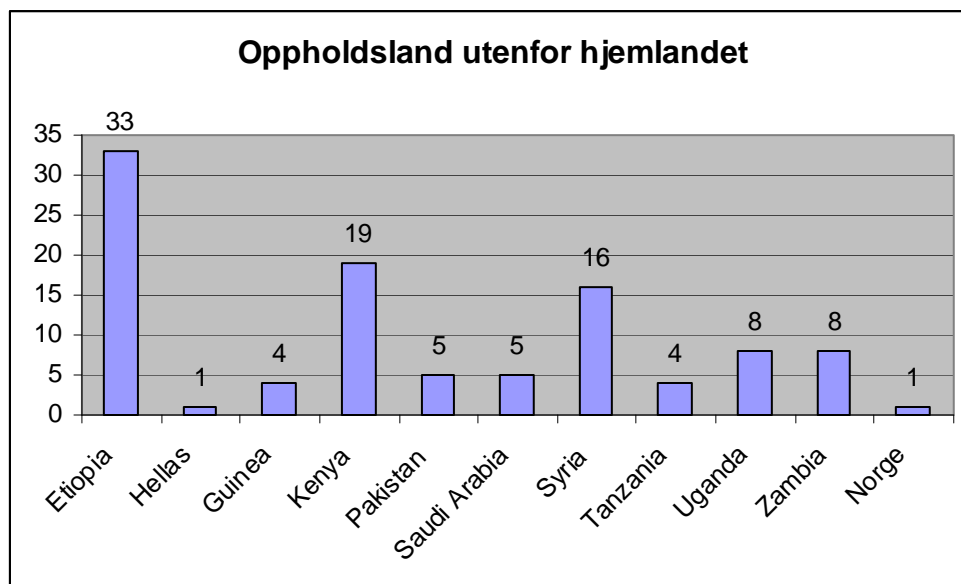


Diagram 6.2.

I 15 vedtak har utlendingsmyndighetene nevnt at søker/klager oppholder seg i et annet land enn hjemlandet, men dette er ikke lagt vekt på i vurderingen av om det skal gjøres unntak fra underholdskravet. Et eksempel på dette er en sak hvor tre somaliske barn på 19¹⁰⁶, 17 og 14 år uten omsorgspersoner oppholder seg i Uganda. De har søkt familiegjennforening med sin far som har oppholdstillatelse i Norge. I avslaget til det ene barnet uttaler UNE at

”(n)emnda har merket seg at klagerens stemor trolig er død og at klageren og to søsken er uten foreldre i Uganda, men finner ikke at dette er tilstrekkelig tungtveiende i herværende sak.”

I en annen sak som omhandler ei 16 gammel jente uttaler UNE i sin vurdering at

”(n)emnda har merket seg anførselene om herboende referanse er analfabet og har dårlig helse og at klageren skal oppholde seg alene i Etiopia. Etter en helhetsvurdering er nemnda imidlertid kommet til at det ikke foreligger slike særlig sterke menneskelige hensyn, jf. 25 tredje ledd, som kan begrunne at det gjøres unntak fra hovedregelen, Nemnda viser til at det i henhold til gjeldende praksis skal svært tungtveiende grunner til før bestemmelsen kommer til anvendelse. Det vises til at denne bestemmelsen er ment som en snever unntaksregel og at det ikke foreligger opplysninger eller dokumentasjon på at herboende referanse ikke har mulighet for å få seg inntektsgivende arbeid. Klagerens situasjon i Etiopia stiller seg videre ikke i en slik særstilling at det vil kunne gjøres unntak for underholdskravet. Det vises også til at herboende referanse skal ha fem barn som bor i Somalia med sin farmor, noe som taler for at klageren også skal ha omsorgspersoner i hjemlandet.”

I fire av vedtakene, som omhandler fire somaliske barn på 15, 13, 10 og 6 år, har imidlertid UNE lagt avgjørende vekt på at barna er alene i ett annet land, Syria. I vedtaket sier UNE at

¹⁰⁶ Alder på vedtakstidspunktet i UNE

”(s)lik saken er opplyst er barna i en fortvilt situasjon i Damaskus nå, uten tilsyn på dagtid og om natten og uten skolegang. De er uten nære omsorgspersoner/slektninger i Damaskus og har nylig mistet sin far, samtidig som de har mor og to søsken i Norge”.

I ett av intervjuene mener intervjuobjektet at det kom an på den konkrete situasjonen, men det at barna oppholder seg i et annet land enn hjemlandet kan være et moment for skjønnsvurderingen. F.eks. blir det nevnt at det er forskjell på vurderingen ut i fra om barnet har bodd i dette oppholdslandet hele livet, eller om det oppholder seg der av flyktningslignende grunner. I det sistnevnte tilfellet ser man i så fall hen til om barna er i en særlig sårbar situasjon, f.eks. om det er en søskenflokk på små barn. Ellers er det lite tilbakemelding på dette momentet i intervjuene. Enkelte mener det kan være et moment i skjønnsutøvelsen, men at det ikke er et tungt moment.

6.6.3 Vekt og våre vurderinger

Det at søkeren/klageren befinner seg i et annet land enn hjemlandet, blir lagt lite vekt på av utlendingsmyndighetene. Begrunnelsen for dette er nok innvandringspolitiske hensyn, da en stor andel av de som søker familiegjennforening oppholder seg i et annet land enn hjemlandet. I vårt saksutvalg omhandlet, som sagt, 90 % av vedtakene barn som bodde i et annet land enn hjemlandet, som oftest et naboland.

Imidlertid synes vi det er merkelig at det er så få saker i vårt saksutvalg hvor dette momentet er nevnt. I mange tilfeller er barna på tålt opphold i det landet de oppholder seg, og mange av dem har få, om ingen, rettigheter i dette landet. I de fire vedtakene, som omhandler fire søsken i samme situasjon, hvor det at barna oppholder seg i et annet land enn hjemlandet blir lagt avgjørende vekt på, argumenteres det med at de blant annet er uten skolegang i Syria. Denne situasjonen er i utgangspunktet ikke ulik situasjonen for mange andre barn som søker familiegjennforening og er alene i ett annet land enn hjemlandet uten omsorgspersoner. Dette er for eksempel situasjonen for saken til de tre somaliske søsknene på 19, 17 og 14 år som oppholder seg i Uganda. De har heller ingen omsorgspersoner som de bor hos.

Det kan også være store forskjeller i forhold til hvilket oppholdsland barna befinner seg i. For eksempel oppholder svært mange somaliere seg i Etiopia eller Kenya, og dette kan ha innvirkning i forhold til omsorgssitasjonen til barna.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Se punkt 6.8

6.7 Alder

6.7.1 Innledning

Alder er et av momentene som utlendingsforvaltningen legger vekt på i helhetsvurderingen om det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn. Som tidligere nevnt defineres barn i uf. § 23 annet ledd som person under 18 år uten ektefelle eller samboer. En søknad med alle opplysninger og vedlegg som er nødvendig for å avgjøre den, må være innkommet til vedtaksmyndigheten innen 18-årsdagen, for at søknaden skal anses å gjelde ”barn”, jf. uf § 23 annet ledd annet punktum. Vi har delt inn presentasjonen av våre funn og vurderinger i tre undertema; alder som viktig moment, tommelfingerregelen og søsken/andre mindreårige barn.

6.7.2 Funn

Som diagram 5.13.¹⁰⁸ viser, er det en forholdsvis stor spredning i alder i utvalget vårt. Ca 60 % av vedtakene i vårt utvalg omhandler barn som er under 15 år på vedtakstidspunktet.

6.7.2.1 Alder som viktig moment

Både gjennom vedtakene og i intervjuene har vi fått vite at alder er et viktig moment, og at jo yngre barnet er jo mer øker sjansen for at søkeren skal bli unntatt fra underholdskravet.

I 83 % av vedtakene er ikke alder nevnt som et moment i særlig sterke menneskelige hensyn-vurderingen i begrunnelsen. Dette utgjør 95 vedtak. I 6 av vedtakene er alder lagt vekt på som det avgjørende momentet, mens i 12 av vedtakene blir alder nevnt som ett av momentene i en helhetsvurdering. I 2 av sakene er alder nevnt, men ikke lagt vekt på.

¹⁰⁸ Se side 66

Når alder blir lagt vekt på som et avgjørende moment, eller som ett av flere momenter i en helhetsvurdering, kan det være et moment som taler *for* at det skal gjøres unntak fra underholdskravet på grunn av ”særlig sterke menneskelige hensyn”, men det kan også være et moment som taler *mot* en slik dispensasjon.

Alder som argument for å dispensere

I 6 av sakene blir alder lagt vekt på som det avgjørende momentet som talte for å dispensere for underholdskravet, mens i 7 av sakene blir alder nevnt som *ett av flere momenter* for å dispensere.

I vedtakene i to saker hos UNE som gikk i nemndmøte uttales følgende: *[Barna] er 11 og 13 år gamle, og er således i en sårbar alder*”. Barna søkte familiegjennforening med sin mor. I merknadene¹⁰⁹ til vedtaket er derimot barnas alder brukt som et argument som taler mot at ”særlig sterke menneskelige hensyn” foreligger i klagernes tilfelle, og saksbehandler skriver: *”Barnas alder – 13 og 15 år¹¹⁰ – eldre barn er mindre sårbare enn yngre barn*”.

Vedtaket¹¹¹ hos nemnda er enstemmig; det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn som fører til at det blir gjort unntak fra underholdskravet.

I en sak som gjelder fire somaliske barn på 15, 13, 10 og 6 år som søker familiegjennforening med sin mor, er også alder brukt som ett av argumentene for å gjøre unntak fra underholdskravet. I vedtakene uttaler UNE at:

”[d]e er uten nære omsorgspersoner/slektninger i X¹¹² og har nylig mistet sin far, samtidig som de har mor og to søsken i Norge. Barna er 15 – 13 – 10 – 6 år.”

¹⁰⁹ Saksbehandlerens skriftlige gjennomgang av saken som er en del av saksforberedelsene til nemndmedlemmene.

¹¹⁰ I vedtaket legges det til grunn at barna er 11 og 13 år gamle

¹¹¹ Saken ble sendt til UDI for vurdering av personkrets

¹¹² By i et tredjeland, anonymisert for å unngå identifisering

I en annen sak som omhandler ei 9 år gammel somalisk jente sak som søker familiegjennforening med sin mor er også alder nevnt som et moment i skjønnsvurderingen. I denne saken nevner UNE alder som et moment for å gjøre unntak fra underholdskravet:

”[i] vurderingen er det også lagt vekt på klagerens alder, ...” Videre sier UNE i vedtaket at *”det presiseres at avgjørelsen beror på en helhetsvurdering hvor ingen av momentene i seg selv har vært avgjørende.”*

I flere av sakene hvor søker har fått unntak fra underholdskravet og dermed innvilget familiegjennforening, viser UDI til aldersgrenser i begrunnelsen sin. Dette så vi ikke i UNE sine vedtak.

En av disse sakene omhandler ei 5 år gammel somalisk jente som oppholder seg i Etiopia uten omsorgspersoner. Hun søker familiegjennforening med sin mor, som hadde reist til Norge da søker var drøyt 1 år gammel. Søknaden blir innvilget av UDI ved førstegangsvurdering. Vedtaket er begrunnet på følgende måte:

*”Tillatelse gis i medhold av utlendingsloven § 9, jf. utlendingsforskriften § 22 første ledd, jf. § 23 første ledd bokstav e, jf. § 25 tredje ledd, tredje punktum. Det er gitt dispensasjon fra kravet om underhold **da søker er barn under 12 år uten omsorgspersoner**¹¹³ i hjemlandet”.*

I to andre saker som omhandler to somaliske barn på 3 og 6 år er det også i denne innvilgelsen fra UDI vist til at dispensasjonen blir gitt fordi *”søker er barn **under 12 år***¹¹⁴ *uten omsorgsperson i hjemlandet.”*

UDI bruker også en 14-årsgrense som begrunnelse i tre av sakene. Søkerne i disse sakene er tre somaliske søsken på 5, 6 og 7 år som oppholder seg i Etiopia sammen med

¹¹³ Vår utheving

¹¹⁴ Vår utheving

bestemoren sin. De søker familiejenforening med sin mor, og får først avslag fra UDI hvor det vises til at det

”[ikke] foreligger .. særlig sterke menneskelige hensyn som tilsier at det gjøres unntak fra underholdskravet i henhold til uf § 25 tredje ledd, tredje punktum. Det vises til at muligheten til å dispensere fra underholdskravet er ment å være en snever unntaksregel, og at det i henhold til gjeldende praksis skal svært tungtveiende grunner til for at bestemmelsen kommer til anvendelse.”

Moren til barna klagde på vedtakene og UDI omgjør vedtakene med følgende begrunnelse: *”Det er gitt unntak fra kravet om underhold da søker er barn **under 14 år**¹¹⁵ uten nær omsorgsperson i hjemlandet”*. Situasjonen for barna hadde ikke endret seg fra førstegangsvurderingen til UDI.

Alder som argument mot å dispensere:

Som sagt kan alder også være et moment som taler mot en slik dispensasjon, der barna er eldre.

I 5 av vedtakene er alder nevnt som *ett av flere momenter* mot å dispensere for underholdskravet.

Et av vedtakene gjelder ei 16 år gammel somalisk jente som søker om familiejenforening med sin fosterfar. Hun var 14 år på søknadstidspunktet. Fra 1993 hadde jenta bodd hos fosterfaren og hans ektefelle siden hennes biologiske foreldre var døde. UDI skriver i sitt oversendelsesbrev til UNE at *” det vises til at barnet er 16 år gammel og ikke er i en omsorgssituasjon som skulle tilsi omgjøring av vårt tidligere vedtak.”* UNE slutter seg til dette.

¹¹⁵ Vår utheving

En annen sak hvor alder blir brukt som argument mot dispensasjon for underholdskravet gjelder en 16 år gammel gutt som søkte familiegjenforening med sin halvsøster. Han ble vurdert som fosterbarn. Halvsøsteren hadde i sitt asylintervju oppgitt at søkeren var født i 1971, og utlendingsmyndighetene mener søkeren er eldre enn det som er oppgitt i familiegjenforeningssøknaden. Alderen taler dermed mot en dispensasjon.

Den siste saken hvor alderen blir brukt som argument mot dispensering, omhandler ei 15 år gammel jente fra Somalia, som oppholder seg i Kenya. Hun søker familiegjenforening med herboende søster. Foreldrene er døde. Både UNE og UDI avslår saken. I oversendelsesbrevet til UNE uttaler UDI at de;

*”vil bemerke i denne sammenhengen søkerens **relativt høye alder**¹¹⁶ og at somaliere som oppholder seg i Kenya har et nettverk av andre somaliere fra samme klan som vil kunne yte bistand. Det er heller ikke utelukket at søkeren returnerer til sin klan i hjemlandet.”*

Som nevnt var det to saker hvor alder ble nevnt i vedtaket, men ikke lagt vekt på som et moment for unntaksbestemmelsen for underholdskrav. Disse sakene omhandler to iranske jenter på 11 og 13 år som søker familiegjenforening med sin mor. De bor i Iran sammen med sine besteforeldre. Moren har giftet seg på nytt og flyttet til Norge. I begge vedtakene blir det argumentert med at innvandringspolitiske hensyn taler mot innvilgelse fra UNE sin side, mens jentenes alder blir altså ikke nevnt under UNEs vurdering i saken.

Fire av saksbehandlerne vi intervjuet nevnte alder på barnet som et viktig moment i unntaksvurderingen på eget initiativ. På direkte spørsmål om alder kunne være et moment i unntaksvurderingen, svarer alle, unntatt ett intervjuobjekt, at alder kunne være et viktig moment. Det var også i stor grad enighet om at jo yngre barnet var, jo større mulighet var det for at man dispenserte fra underholdskravet.

¹¹⁶ Vår utheving

Flere trakk også fram at dersom barnet var forholdsvis gammelt, og eksemplifiserte med 16-17 år, kunne dette tale for at man ikke skulle gjøre unntak fra underholdskravet. Man forutsatte da at disse barna var såpass gamle at de var i stand til å ta vare på seg sjøl.

6.7.2.2 Vedrørende 15 år som tommelfingerregel

Vi har av personer som jobber med utlendingsrett, enten som rettshjelper eller ansatte i UDI, hørt at utlendingsmyndighetene opererer med en 15-årsgrense i vurderingen om det skal gjøres unntak for underholdskravet etter særlig sterke menneskelige hensyn. Dette gjaldt særlig hos UDI. Denne aldersgrensen går ut på at dersom barnet som søker familiegjennforening er alene uten omsorgspersoner i hjemlandet/oppholdslandet og er under 15 år, skal man som utgangspunkt dispensere for underholdskravet. Er barnet over 15 og i tilsvarende situasjon, skal det som hovedregel mer til for å dispensere. Vi var derfor interessert i å finne ut om en slik aldersgrense var noe som kom fram av vedtakene eller saksdokumentene, eller om intervjuobjektene trakk dette fram i sine intervjuer.

Verken i vedtakene eller i andre saksdokumenter er det informasjon som tyder på at utlendingsmyndighetene praktiserer en aldersgrense for unntaksvurderingen på 15 år. Ingen av begrunnelsene i vedtakene vi har gått igjennom viser til at en aldersgrense på 15 år i saker hvor barn er igjen alene uten omsorgspersoner.

I to likelydende vedtak fra UNE (gjelder et søskenpar) er høringsforslaget om 15-årsgrense referert til i merknadene til saksbehandler som forbereder saken for nemndmøte. I merknadene står det:

”Våren 2005 sendte Kommunal og regionaldepartementet forskriftsendring vedrørende underholdskravet på høring. Departementet foreslår blant annet at reglene i familiegjennforeningssaker endres slik at det ikke stilles krav om underhold når søkere er barn under 15 år. Det er pr i dag (november 2005) ikke kommet noen forskriftsendring, og departementet har etter forespørsel fra Utlendingsnemnda, gitt uttrykk for at det ikke er

grunn til å legge disse sakene i bero inntil en eventuell forskriftsendring. Forslagets videre skjebne er dessuten uviss på bakgrunn av regjeringsbyte i høst”

I merknadene til samme sak sier saksbehandleren at barnets alder på 13 og 15 år taler mot at det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn. Denne saken er et eksempel på at UNE ikke praktiserer en 15-årsgrense for unntaksvurderingen. Alle andre vedtak og intervjuer hos UNE taler også for det samme.

Som tidligere nevnt er det flere vedtak hvor UDI i begrunnelsen for innvilgelse har visst til forskjellige ”aldersgrenser”. I sakene hvor det ble vist til at barna vedtaket omhandlet var under 12 år og 14 år, omhandler barn på henholdsvis 3, 5 og 6 år og barn på 5, 6 og 7 år.

Fire av saksbehandlerne vi intervjuet kom inn på den eventuelle 15-årsgrensen for om utlendingsmyndighetene skal dispensere eller ikke.

Ett av intervjuobjektene var helt klar på at de bruker en 15-årsgrense i unntaksvurderingen. Vedkommende sa at det skulle mindre til for å dispensere dersom barnet var under 15 år, og viste til at barn over 15 år begynner å komme opp i voksen alder.

I et av intervjuene viste den ansatte i utlendingsforvaltningen til KRDs høringsbrev¹¹⁷, nevnt ovenfor. Vedkommende fortalte at de så hen til dette høringsbrevet og brukte 15-årsgrensen til en viss grad som skjæringstidspunkt.

Et av de andre intervjuobjektene kom også inn på høringsbrevet, og sa at en 15 års grense var i overensstemmelse med den praktiseringen de hadde på det tidspunktet.

Også et annet intervjuobjekt viste til at det har vært en diskusjon i UDI om man skal ha en aldersgrense på 15 år i forhold til dispensasjonsvurderingen. Vedkommende sa at det ikke

¹¹⁷ Endringer i utlendingsforskriften, høringsbrev fra KRD av 06.05.05. Høsten ble det regjeringsskifte, og i Ot. prp. nr 75 (2006-2007) til ny utlendingslov er ikke dette høringsforslaget fulgt opp eller nevnt.

har blitt laget et eget praksisnotat på det, men at det har vært en diskusjon blant lederne på om de skal legge seg på en 15-årsgrense.

6.7.2.3 Søsken og andre mindreårige barn

I mange saker søker barn familiegjenforening i følge med andre barn. Dette kan være en søskenflokk, men også barn som ikke er søsken, men har en felles omsorgsperson i Norge. Vi ønsket å se på om alderen til medsøkende barn kunne ha noe å si for skjønnsvurderingen.

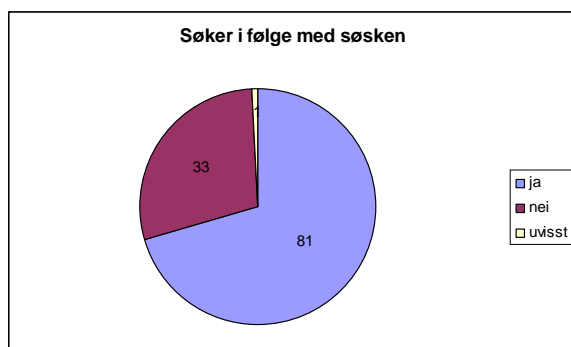


Diagram 6.3.

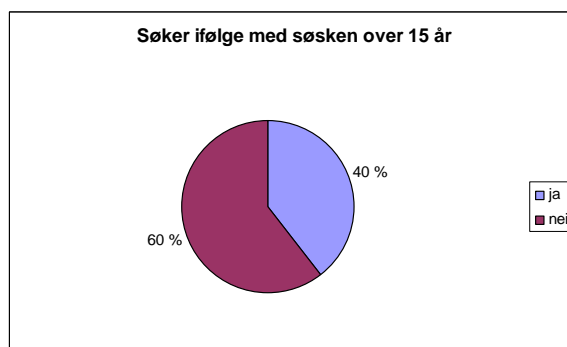


Diagram 6.4.

81 av vedtakene omhandler barn som søker sammen med søsken. Mange av barna søker i følge med flere søsken, ikke bare ett. I 32 av 81 vedtak søker barna familiegjenforening i følge med søsken over 15 år.

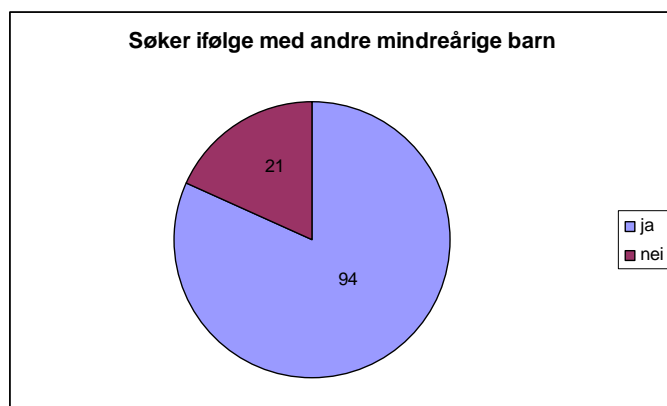


Diagram 6.5.

I 94 av vedtakene søker barnet sammen med barn under 15 år. Mange av disse barna er søsken, se nedenfor, men i mange av vedtakene dreier det seg også om andre mindreårige barn, f.eks. halvsøsken, nieser, nevøer og søskenbarn.

Det at barnet søker i følge med søsken eller andre barn under 15 år skal ha noen å si for særlig sterke menneskelige hensyn-vurderingen, går ikke eksplisitt fram av vedtakene eller andre saksdokumenter. Imidlertid ser vi i innvilgelsessakene hvor det er flere søsken som har søkt ifølge med hverandre, at dette gjelder saker hvor søsknene er under 15 år. I en av innvilgelsessakene er det en søskenflokk på 15, 13, 10 og 6 år som får unntak fra underholdskravet. To andre saker gjelder henholdsvis et søskenpar på 3 og 6 år, og en søskenflokk på 5, 6 og 7 år. Men dette er ikke et entydig bilde. Vi har også et eksempel på at ei 15 år gammel jente fra Afghanistan som søker familiegjening med mor, i følge med søsken på 16, 14 og 13 år, blir unntatt for underholdskravet.

I saksmaterialet vårt er det også eksempler på avslag som gjelder saker hvor det er søskenpar eller en søskenflokk som er under 15 år og som søker familiegjening med herboende forelder. En sak som omhandler to iranske jenter på 11 og 13 år som søker familiegjening med sin mor, blir avslått fordi faren som de aldri har hatt kontakt med bor i hjemlandet. Et annet eksempel er en sak hvor to somaliske søsken på 5 og 6 år får avslag på familiegjening med sin mor.

Ett av intervjuobjektene som overfor blir referert til under 15-årsregelen, utdypet den særlig sterke menneskelige hensyn-vurderingen i forhold til søknader som omfatter flere søsken i intervjuet. Hun viste til at dersom det var en søskenflokk som søkte sammen og en av søsknene er 15 år, mens de andre er yngre, vil den eldste falle inn under den samme vurderingen som resten av søskenflokken. Alderen til søsknene vil dermed ha innvirkning på utfallet av unntaksvurderingen.

Det er også et av intervjuobjektene som sier at man kan ikke forvente at små barn tar seg av hverandre når de bor alene uten andre omsorgspersoner.

6.7.3 Vekt og våre vurderinger

6.7.3.1 Alder som viktig moment

Som tidligere nevnt omhandlet ca 60 % av vedtakene våre barn under 15 år.

Innvilgelsesprosenten for vårt saksutvalg var på ca 11 %. Dette tilsier at alder ikke er et avgjørende moment for om utlendingsmyndighetene skal unnta for underholdskravet eller ikke. Det går likevel klart fram av vedtakene og intervjuene at alderen tillegges vekt i skjønnsvurderingen.

Flere av intervjuobjektene, både hos UDI og UNE, framholdt at det at mindreårige barn var alene i hjemlandet ikke var nok til at man kunne dispensere fra underholdskravet. Et av intervjuobjektene våre sa følgende: *”At mindreårige barn er igjen i hjemlandet, er ikke ansett for å være forhold som i seg selv tilsier at det gjøres unntak fra underholdskravet, med mindre det foreligger helt spesielle omstendigheter som skiller klagerens situasjon vesentlig fra situasjonen for andre som lever under sammenlignbare forhold”*.

Våre funn viser at det er ulik praksis hos utlendingsmyndighetene når det gjelder alder som moment i helhetsvurderingen. I mange saker er dette naturlig fordi det er andre momenter som er mer avgjørende i den ene eller andre retningen. Likevel har vi sett eksempler på saker hvor vi mener det er kan stilles spørsmål ved om det foreligger forskjellsbehandling.¹¹⁸

Et eksempel på dette er en sak som omhandler tre søsken på 5, 6 og 7 år fra Somalia som søker familiegjengenforening med sin mor. Barna bor sammen med sin bestemor i Etiopia. Søkers far er opplyst å være død. Barna blir innvilget familiegjengenforening med sin mor. I en

¹¹⁸ Se punkt 7.2

annen sak gjøres det derimot ikke unntak fra underholdskravet for en 5 år gammel gutt fra Thailand, som bor sammen med besteforeldrene sine. Gutten har ikke hatt kontakt med sin far siden han var tre måneder gammel. Spørsmålet her er om det kan tillegges avgjørende vekt i saken at faren i den sistnevnte sak er i live, når faren ikke har kontakt med sin sønn. Barnas omsorgssituasjon i disse sakene er etter vår mening forholdsvis lik.

Heller ikke for barn over 15 år, er praksisen entydig. I en sak som gjelder fire afghanske barn på 13, 14, 15 og 16 år som søkte familiegjengenforening med sin mor, ble det dispensert fra underholdskravet av UDI. Barna bodde sammen med morens svoger i Pakistan. Mens verken UDI eller UNE gjorde unntak fra underholdskravet for en 16 år gammel jente fra Bangladesh som bodde alene uten omsorgspersoner, og som søkte familiegjengenforening med sin mor.

Det framstår utad som uryddig at forvaltningen benytter seg av ulike aldersterskler i begrunnelsen. I saken hvor det ble vist til at barna var under 14 år var barna 5, 6 og 7 år gamle. Her kunne saksbehandleren likeså godt vist til at barna var under 12 år, som har blitt brukt som aldersterskel i andre saker. Disse to sakene omhandler også barn fra samme land, så forklaringen på forskjellen i aldershenvisning kan heller ikke være at sakene er fattet av forskjellige enheter hos UDI. Vi mener dette tyder på manglende samkjøring av vedtak. Sjøl om det i disse sakene ikke hadde noe å si for utfallet av sakene, er det uheldig at man utad bruker to forskjellige aldersterskler i begrunnelsen.

Det kan virke som barnets alder kun kommer inn som et moment som taler for dispensasjon fra underholdskravet i saker hvor søker faller inn under personkretsen etter ul. § 23. I vårt saksutvalg er det 13 saker hvor resultatet ble innvilgelse på bakgrunn av dispensering fra underholdskravet. I tillegg kommer to saker hvor det ble gjort unntak fra underholdskravet, men sakene ble sendt tilbake til UDI for vurdering av personkrets. Alle disse sakene omhandler barn som søker familiegjengenforening med sin mor. Det er mange eksempler på saker hvor unge barn søker familiegjengenforening med sine eldre søsken, fosterforeldre og andre, hvor alder ikke er nevnt, verken i begrunnelsen eller ellers i saksdokumentene.

6.7.3.2 Vedrørende 15 år som tommelfingerregel

Den såkalte tommelfingerregelen vi fikk bekreftet av noen av intervjuobjektene går ut på at det skal mindre til for å dispensere fra underholdskravet for søkere under 15 år alene i hjemlandet/oppholdslandet.

Ut i fra vedtakene vi har gått igjennom i UDI og UNE, ser vi at en slik grense ikke praktiseres i alle saker som omhandler barn som er igjen alene. Saksbehandlerne i UDI er heller ikke samstemte i forhold til om en slik grense praktiseres. I UNE er det klart at de ikke praktiserer en tommelfingerregel på 15 år.

I høringsbrevet fra Erna Solberg i 2005 ble det argumentert med at *”barn er en særlig utsatt gruppe, og ved praktiseringen av underholdskravet i dag, har vi sett at det kan være rimelig å unnta for underholdskravet, både når barn er søker og når barn er herboende”*. Videre sier departementet at *”bakgrunnen for (endringen) er dels erfaringer vi har hatt med regelverket om underhold til i dag, og dels fordi det i mange tilfeller ikke anses rimelig å kreve underhold når søkeren er barn eller herboende referanse.”* Begrunnelsen for valget av 15 år er at *”barn under 15 år er mer sårbare enn barn over 15 år og har etter vår mening et større behov for særskilt behandling enn barn over 15 år.”*

Vi mener at ved å trekke en så bastant grense på 15 år, er det en risiko for at særlig sterke menneskelige hensyn-vurderingen blir standardisert.¹¹⁹

6.7.3.3 Søsken

Etter vår mening er det naturlig at også alderen på medfølgende søsken er et moment i helhetsvurderingen. Vi fant flere eksempler på vedtak i vårt saksmateriale hvor vurderingen

¹¹⁹ Se punkt 7.4

av alder på medsøkende barn var inkonsistent. Dette mener vi kan være et problem i forhold til likebehandling av sakene.¹²⁰

¹²⁰ Se mer om forskjellsbehandling i punkt 7.2

6.8 Omsorgssituasjon

6.8.1 Innledning

Barnas omsorgssituasjon er et viktig moment for om det skal gjøres unntak fra underholdskravet på grunnlag av særlig sterke menneskelige hensyn. I det følgende skal vi se på hvilken betydning barnas omsorgssituasjon har for skjønnsvurderingen. Vi ser både på omsorgssituasjonen for barnet der det oppholder seg, og omsorgssituasjonen i Norge ved en eventuell familiegjennforening. Til slutt ser vi på hvilken betydning barnefaglige uttalelser har for skjønnsvurderingen.

6.8.2 Funn

6.8.2.1 Herboende

Hele 42 av vedtakene i vårt saksutvalg omhandler barn som søker familiegjennforening med sin mor, 8 vedtak omhandler barn som søker opphold med sin far. 2 vedtak dreier seg om barn som søker opphold med begge foreldrene, 24 vedtak om barn som søker familiegjennforening med sine søsken og 20 vedtak om barn som søker opphold med sine fosterforeldre. Til slutt er det 11 vedtak som omhandler barn som søker opphold med herboende med annen familierelasjon.¹²¹

Når det gjelder herboende av mer perifer familierelasjon, omfatter dette brødre/søstre, tanter/onkler eller besteforeldre til søker.

I alle innvilgelsesvedtakene i vårt saksutvalg, er herboende mor til søker. Av disse igjen kommer alle søkerne og herboende fra Somalia, unntatt i ett vedtak hvor barnet kommer fra Afghanistan. I vårt saksutvalg er det 76 vedtak hvor søker kommer fra Somalia, dette utgjør 66 % av vedtakene.

¹²¹ Se diagram 5.6

Utlendingsmyndighetene har generelt få vurderinger knyttet til herboendes omsorgsevne i vårt saksutvalg. Ikke i noen av sakene vurderer utlendingsmyndighetene herboendes omsorgsevne. Dette stemmer også med det inntrykket vi fikk gjennom intervjuene av saksbehandlerne, hvor det ble nevnt at en slik vurdering kun ble foretatt dersom de fikk opplysninger fra andre, ofte andre offentlige instanser som sosialkontor, barnevern og lignende. De foretok ingen aktiv innhenting av opplysninger i forhold til herboendes omsorgsevne.

6.8.2.2 Omsorgspersoner i hjemland/oppholdsland

Tabellene nedenfor viser hva som er anført fra søkerens side med hensyn til deres omsorgssituasjon i hjemlandet og oppholdslandet.

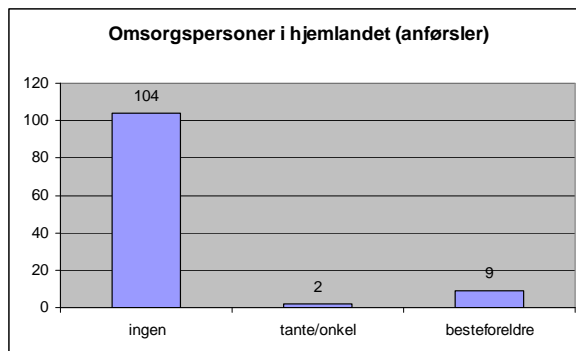


Diagram 6.6.

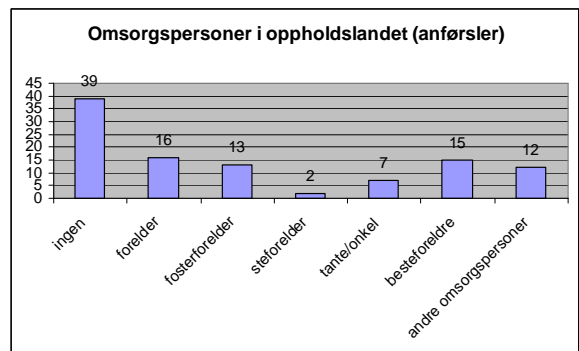


Diagram 6.7.

Når det gjelder de 16 vedtakene hvor det er anført i saken at barnet/a har mor eller far som omsorgsperson i oppholdslandet, viser vi til forklaring til diagram 5.7.¹²²

Variablene ”andre omsorgspersoner” inkluderer andre søsken som barna bor sammen med, bekjente av familien som barna bor sammen med eller personer som ser til barna innimellom på vegne av foreldrene eller andre omsorgspersoner.

¹²² Se side 61 og 62

Utlendingsforvaltningen opererer ikke med en klar definisjon av hva som anses som omsorgsperson i oppholdslandet eller hjemlandet. Nedenfor følger en oversikt over hvordan utlendingsmyndighetene har vurdert omsorgssituasjonen til søkerne i vårt saksutvalg:

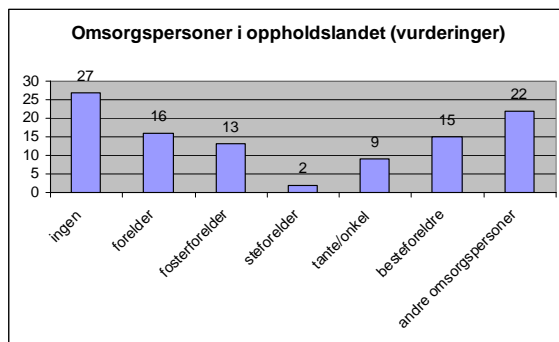


Diagram 6.8.

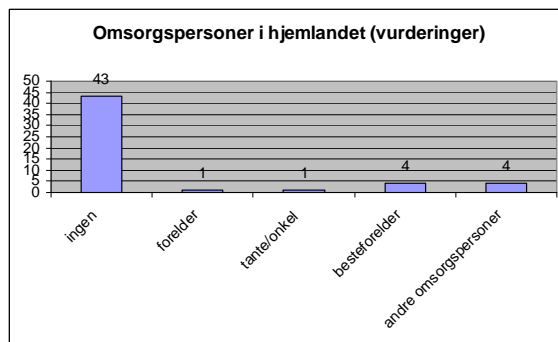


Diagram 6.9.

Det finnes flere eksempler i vårt saksutvalg på at utlendingsmyndighetene strekker omsorgsbegrepet til å gjelde utover personer som utøver foreldreansvar. F.eks. avslår UNE en familiegjennforeningssøknad fra to kinesiske barn på 18 og 12 år fordi faren ikke oppfyller underholdskravet. I saken viser UNE til UDIs vedtak, hvor det er lagt vekt på at barnas mor, som ikke utøver foreldreansvar, bor i samme land. At moren ikke utøver foreldreansvar overfor barna er dokumentert ved at faren og stemoren, som begge bor i Norge, bytter på å reise til Kina for å ta seg av dem for flere måneder av gangen.

Et annet eksempel på dette er en sak som omhandler ei 8 år gammel somalisk jente, som søker familiegjennforening med herboende onkel. Jenta får avslag både i UDI og UNE med den begrunnelse at hun har ”omsorgsperson i hjemlandet, da hun etter det opplyste nå bor hos en tidligere nabo og venninne av familien. Søker rømte sammen med denne damen fra landsbyen de bodde i Somalia til Addis Abeba i des 2003. Referansen opplyser at han sender dem kr 2000 hver mnd til denne kvinnen for at hun skal passe på barna hans. Søker er følgelig ikke uten omsorgsperson i oppholdslandet”.

Også det at barnet oppholder seg i samme område, ofte en flyktningleir, sammen med personer fra samme klan, kan etter utlendingsmyndighetenes mening kvalifisere til at søkers omsorgssituasjon blir ansett som tilfredsstillende. UDI uttaler at de *”vil bemerke i denne sammenhengen søkerens relativt høye alder og at somaliere som oppholder seg i Kenya har et nettverk av andre somaliere fra samme klan som vil kunne yte bistand. Det er heller ikke utelukket at søkeren returnerer til sin klan i hjemlandet.”* Denne begrunnelsen tiltrer også UNE.

Saksbehandlerne vi intervjuet hadde også en forholdsvis vid definisjon av hvem som kunne anses som omsorgspersoner. Flere av saksbehandlerne definerer en omsorgsperson som en person barna bor hos. Det ble nevnt at dette ofte kunne være en nær slektning som f.eks. besteforeldre og onkler/tanter, men at det også kunne være naboen eller andre. Et av intervjuobjektene sa at det at noen kommer innom barna med mat, ikke er nok til at man kan definere vedkommende som en omsorgsperson.

En annen saksbehandler trakk fram at dersom det er voksne personer som tar seg av barna, trenger de ikke være foreldre for at barna skal ha en tilfredsstillende omsorgssituasjon. Vedkommende viste også til at myndighetene må se hen til kulturen i vedkommende land, og nevnte storfamilien i Somalia som et eksempel på dette. Det ble også trukket fram i at hvor lenge det var siden foreldrene forlot barna, kunne være et moment i vurderingen. Dersom barnas separasjon fra foreldrene har vart over flere år, kan det være at barna har bodd hos andre i mellomtiden som de har knyttet tette bånd til.

Når det gjelder omsorgsevnen til omsorgspersonen i hjemlandet/oppholdslandet, har utlendingsmyndighetene i enkelte saker kommet inn på en slik vurdering. Dette gjelder for eksempel en sak hvor en gutt søker familiegjengenforening med sin søster, men UDI og UNE avslår fordi underholdskravet ikke er oppfylt. UDI uttaler i sitt vedtak at de i vurderingen av om det skal gjøres unntak fra underholdskravet, har sett hen til at søkers foreldres sykdom og handikap, men at de ikke anser at dette er forhold som skulle tilsi en dispensasjon.

I en sak som gjelder to 11 og 12 år gamle jenter fra Iran som søker familiegjennforening med sin mor, viser UNE i vedtakene til at det er anført at besteforeldrene som barna bor hos er syke og gamle. UNE avslår likevel fordi barna har en ”far i hjemlandet som bør kunne ta ansvar for barna”.

I en annen sak avslår UDI en familiegjennforeningssøknad for fire barn som søker med herboende mor, fordi barna oppholder seg med faren. Sjøl om faren har vært lagt inn på sjukehus med hjerteproblemer, mener ikke UDI at det er sannsynliggjort at han er ute av stand til å ha omsorg for barna.

6.8.2.3 Barnefaglige uttalelser

Eksempler på barnefaglige uttalelser er uttalelser som kan si noe om herboendes omsorgsevne, barnas situasjon i hjemland eller oppholdsland. Dette kan være uttalelser fra psykologer, sosionomer eller andre med helsefaglig bakgrunn som har barnefaglig kompetanse.

I en sak som omhandler en 15 år gammel somalisk gutt som søker familiegjennforening med sin bror, har barnevernstjenesten i herboendes kommune foretatt en vurdering av hans omsorgsevne. Denne uttalelsen, som anbefaler broren som omsorgsperson, blir ikke vektlagt av utlendingsmyndighetene. Dette er også situasjonen i en sak hvor en 12 år gammel afghansk gutt søker familiegjennforening med sin bror. Barnevernet i kommunen til herboende har foretatt en vurdering av brorens omsorgsevne og funnet han egnet som omsorgsperson. Heller ikke i denne saken er dette nevnt eller vektlagt av utlendingsmyndighetene.

I en annen sak hvor herboende er søsteren til søkerne på 15, 13 og 9 år fra Den demokratiske republikken Kongo, foreligger det også barnefaglige uttalelser i saken. Barnevernstjenesten i kommunen har foretatt en vurdering av herboende og hennes ektemann, og påpeker at det kan være en utfordring å ta imot tre tenåringsbarn som skal

integreres i en fremmed kultur. Kommunen innhenter opplysninger fra barnehage, fastlege og helsestasjonen som beskriver herboende som en ressurssterk person, og mener omsorgsevnen er tilstrekkelig. UNE verken nevner eller tar stilling til om en slik barnefaglig uttalelse er et moment i vurderingen.

I et av intervjuene sier vedkommende at det har vært drøftet i UNE om de skal ansette en person med barnefaglig kompetanse eller om de skal skolere nemndledere og saksbehandlere i dette feltet.

Flere av intervjuobjektene nevner også at barnefaglige uttalelser er særlig aktuelle der herboende er helsøsken eller fosterforeldre til søkerne. Ingen av dem har bedt om at det i saker blir foretatt barnefaglige vurderinger utover de sakene hvor det er et vilkår for familiegjenforening at dette blir gjort.

Et av intervjuobjektene skilte mellom hvilket land uttalelsen kom fra med hensyn til hvordan den skulle vektlegges i saken. Vedkommende sa at dersom det foreligger en uttalelse om barnas situasjon fra norske personer med barnefaglig kompetanse, legges de vekt på. Vedkommende utdypet videre at i den grad de får barnefaglige uttalelser er det et spørsmål om hvilken vekt disse skal tillegges, og viste til legeerklæringer som anses å ha lav notoritet, fordi de er utstedt i bestemte land.

6.8.3 Vekt og våre vurderinger

Barnets omsorgssituasjon er et moment som tillegges stor vekt i vurderingen for om det skal gjøres unntak fra underholdskravet. I alle vedtakene hvor det ble gjort unntak fra underholdskravet, var dette momentet, sammen med barnas alder, avgjørende for at det ble dispensert fra underholdskravet. Alle sakene hvor det ble dispensert gjaldt barn som søkte familiegjenforening med sin mor, og barnets far var død eller forsvunnet. I vårt saksutvalg var mor herboende i 42 saker, mens far var herboende i 8 saker.

Som vi skal se på under punkt 7.2. om likebehandling¹²³, er ikke barnas omsorgssituasjon i hjemlandet/oppholdslandet et moment som alltid er avgjørende for om det skal gjøres unntak for underholdskravet. Det er flere eksempler på at søker/klager har anført at mor eller far er død, uten at dette har vært nok til at det dispenseres.

Etter vår mening har utlendingsmyndighetene en vid definisjon av hvem som kan anses som "omsorgsperson" for søkerne i det landet de oppholder seg. Dette gjelder ulike situasjoner; fra saker hvor barn bor sammen med besteforeldre eller andre nære slektninger og blir tatt hånd om av dem, til bekjente som ser til at barna lever forholdsvis greit eller at barna oppholder seg i områder hvor andre personer fra deres klan oppholder seg. Disse omsorgssituasjonene er svært ulike, og vi savner en grundigere vurdering med hensyn til hva som skal til for at man kan si at omsorgssituasjonen er tilfredsstillende.

Når det gjelder hvem herboende kan være, er begrepet "omsorgsperson" definert mye snevrere. I tillegg til foreldre, fosterforeldre og voksne helsøsken åpner uf. § 24 annet ledd for at andre søkeren kan få familiegjenforening med andre dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn. Dette er en snever unntaksbestemmelse. Dette betyr at det å ha en tante eller besteforeldre i Norge, vil normalt ikke danne grunnlag for familiegjenforening. Men tanter og besteforeldre vurderes som tilfredsstillende omsorgspersoner i oppholdslandet og hjemlandet.

Hvordan man definerer en omsorgsperson er derfor forskjellig, ut ifra om det gjelder personen som barnet søker familiegjenforening med i Norge, eller om det gjelder personer som ser til eller passer på barnet i hjemlandet/oppholdslandet.

Våre funn tyder på at utlendingsmyndighetene ikke alltid vurderer omsorgssituasjonen i hjemlandet/oppholdslandet likt i sammenlignbare saker. F.eks. stilles ulike krav til dokumentasjon på at søkers foreldre/forelder er død. I sakene hvor det ble innvilget familiegjenforening vises det til i alle vedtakene at "søkers far er opplyst å være død" eller

¹²³ Se side 168

”far er forsvunnet”. Mens det i en annen sak fra UDI argumenteres med at det ikke er tilstrekkelig dokumentert at foreldrene er døde, sjøl om det foreligger en bekreftelse fra UNHCR og den internasjonale Røde Kors og Røde Halvmåne-bevegelsen at de har søkt etter foreldrene uten resultat.

I vedtakene har vi funn som tyder på at utlendingsmyndighetene har en ulik vurdering av om barnets omsorgssituasjon i hjemlandet/oppholdslandet er tilfredsstillende. I en sak som omhandler ei 15 år gammel somalisk jente som søker familiegjennforening med sin herboende søster, uttaler UDI i sitt oversendelsesbrev til UNE at de

”vil bemerke i denne sammenhengen søkerens relativt høye alder og at somaliere som oppholder seg i Kenya har et nettverk av andre somaliere fra samme klan som vil kunne yte bistand. Det er heller ikke utelukket at søkeren returnerer til sin klan i hjemlandet”.

I denne saken oppholder jenta seg i Kenya uten oppholdstillatelse og hun hadde mistet resten av familien sin. I en annen sak derimot, innvilget UDI familiegjennforening for ei 15 år gammel afghansk jente som oppholdt seg hos morens svoger i Pakistan sammen med tre søsken. UDI begrunner unntaket fra underholdskravet med at ”det legges til grunn at søkers far er død”.

Andre eksempler på at utlendingsmyndighetene vektlegger omsorgspersoner i hjemlandet på forskjellig vis, er en sak hvor det ble gjort unntak for underholdskravet i forhold til fire afghanske barn på 13, 14, 15 og 16 år. De søkte familiegjennforening med sin mor. Barna bodde sammen med morens svoger i Pakistan. Verken UDI eller UNE gjorde derimot unntak fra underholdskravet for ei 16 år gammel jente fra Bangladesh som bodde alene uten omsorgspersoner i hjemlandet. Hun søkte også familiegjennforening med sin mor.

Når det gjelder vurdering av omsorgsevnen til herboende og eventuelle omsorgspersoner i hjemlandet/oppholdslandet, er denne ikke-eksisterende hos UDI og UNE. I intervjuene ble vi fortalt at saksbehandlerne bare foretar en vurdering av herboendes omsorgsevne i de

tilfellene de mottar en bekymringsmelding fra andre offentlige instanser eller andre personer. Dersom utlendingsmyndighetene skulle foretatt en slik vurdering i hver eneste sak, ville dette ført til ineffektiv saksbehandling. Det kan også stilles spørsmål ved om det er utlendingsmyndighetenes oppgave å gå inn å foreta en slik vurdering på eget initiativ.

Som vist til ovenfor, er det flere saker hvor det foreligger barnefaglige uttalelser i saken, men hvor utlendingsmyndighetene verken nevner eller legger vekt på dette i vurderingen av om det foreligger særlige sterke menneskelige hensyn i saken. Barnefaglige uttalelser er nok mer et moment i personkrets vurderingen enn i skjønns vurderingen om det skal unntas fra underholdskravet i denne saken. Etter vår vurdering kan det imidlertid være viktig å få barnefaglige vurderinger, særlig i saker hvor man skal veie omsorgsevnen til herboende opp mot barnas situasjon i hjemlandet/oppholdslandet. Denne avveiningen er en naturlig vurdering som utlendingsmyndighetene bør ta når den vurderer om det skal gjøres unntak for underholdskravet i en sak.

Som et av intervjuobjektene påpekte, kan det være vanskelig å innhente barnefaglige uttalelser dersom barnet befinner seg i utlandet, hvilket er tilfellet for alle barna i vårt saksutvalg. Dette er vel også en forklaring på hvorfor det foreligger så få barnefaglige uttalelser i de sakene vi har analysert.

Når det gjelder barnefaglig kompetanse hos utlendingsmyndighetene, er dette noe også saksbehandlerne trekker fram i intervjuene at både UDI og UNE kan bli bedre på. Dette står i kontrast til en uttalelse UNEs direktør Terje Skjeggstad kom med i Utrop i mars 2006, hvor han sa at ”Vi har spesiell juridisk ekspertise på barnerettslige og menneskerettslige spørsmål [...] Forøvrig er det vanskelig (også for barnefaglige miljøer) å definere barnefaglig kompetanse presist. Mange ansatte i UNE har barn sjøl og dermed førstehåndskunnskap”¹²⁴.

¹²⁴ Utrop 13.03.06 <http://www.utrop.no/art.html?artid=8904&catid=1>

Vi vil tilslutt knytte noen kommentarer til krav til dokumentasjon på barnas omsorgssituasjon i det landet de oppholder seg. I mange av vedtakene viser utlendingsmyndighetene til at barna har en tilfredsstillende omsorgssituasjon i hjemlandet eller oppholdslandet uten at dette er dokumentert. Barna anfører ofte at de er uten omsorgspersoner, mens utlendingsmyndighetene konkluderer med at barna har en tilfredsstillende omsorgssituasjon. Som nevnt ovenfor gjelder dette f.eks. der barna er alene, men oppholder seg et sted hvor flere fra samme klan befinner seg, eller at barna har en bekjent av familien som ser til dem et par ganger i uka uten å ha mer omsorgsansvar for dem. Vi mener for det første at utlendingsmyndighetene her strekker omsorgsbegrepet for langt. For det andre mener vi at dersom en slik tolkning skal legges til grunn bør utlendingsmyndighetene dokumentere at barna faktisk har en tilfredsstillende omsorgssituasjon.¹²⁵

¹²⁵ Se punkt 7.5

6.9 Helseproblemer

6.9.1 Innledning

Helseproblemer kan være et moment i vurderingen om det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn. I dette kapitlet vil vi ta for oss eksempler på saker hvor helseproblemer, både fysiske og psykiske, er påberopt for søker, herboende eller eventuelle omsorgspersoner i hjemlandet/oppholdslandet. Deretter vil vi se på hvilken vekt utlendingsmyndighetene legger slike anførsler.

6.9.2 Funn

6.9.2.1 Psykiske helseproblemer

Når det gjelder helseproblemer av psykisk art, er det i to saker påberopt og dokumentert psykiske helseproblemer for det barnet som søker om familiegjenforening. I en tredje sak er psykiske problemer påberopt, men ikke dokumentert. De to sakene hvor det er dokumentert ved legeerklæring at søkerne har psykiske helseproblemer, gjelder to søsken på 11 og 13 år som søker familiegjenforening med sin mor. I legeerklæringen går det fram at søkerne sliter psykisk fordi de savner sin mor. UNE skriver i sine avslag at ” *[n]emnda har merket seg anførslene om at barna savner sin mor og de fremlagte legeerklæringer og deres psykiske tilstand.* ”.

I en annen sak som dreier seg om ei 16 år gammel somalisk jente, har søkeren påberopt at hun har psykiske problemer, men dette er ikke dokumentert. UNE har ikke nevnt dette i sitt vedtak.

Når det gjelder den psykiske tilstanden til herboende referanse, er det to saker hvor det foreligger dokumentasjon på herboendes psykiske tilstand, mens det er to saker hvor det er påberopt at herboende har psykiske helseproblemer.

Sakene hvor det er anført at herboendes psykiske helsetilstand taler for at det gjøres unntak fra underholdskravet, omhandler ei 16 år gammel jente fra Bangladesh som søker familiegjennforening med sin mor. Moren har psykiske problemer som skyldes atskillelsen fra datteren. Den psykiske tilstanden er påberopt, men ikke dokumentert.

Verken UDI eller UNE har referert til herboendes psykiske tilstand i sine vurderinger i vårt saksutvalg.

Ikke i noen av sakene i vårt saksutvalg var det påberopt psykiske helseproblemer i forhold til eventuell omsorgsperson i hjemlandet/oppholdslandet.

6.9.2.2 Fysiske helseproblemer

Søker

I 6 av sakene er det anført og dokumentert ved legeerklæring at søker har fysiske helseproblemer. I 4 saker er det anført, men ikke dokumentert.

4 av vedtakene hvor fysiske problemer er påberopt, gjelder ei somalisk jente på 6 år som har søkt om familiegjennforening med sin mor to ganger. Hun har en hodeskade etter en fallulykke, som er dokumentert ved legeerklæring. UDI sier i sine vedtak at de har merket seg anførselen, men vektlegger den ikke i sine vurderinger. I sitt vedtak den andre gangen jenta søker familiegjennforening, sier UDI at *"[t]he Directorate has noted, with regards to the first application and the appeal regarding this, the statements that one of the children was injured in an accident in Damascus."*

Fysiske helseproblemer er også anført som et argument for å gjøre unntak fra underholdskravet i en sak hvor søker er ei 15 år gammel jente fra Somalia. Hun søker familiegjennforening med sin herboende bestemor, som er anført å være fostermor. Søker er anført å være svært syk. Hun har sterk hodepine og trenger full nevrologisk undersøkelse i følge legeerklæring. Verken UDI eller UNE har nevnt legeerklæringen i sine vurderinger.

I en annen sak som gjelder et 9 år gammelt barn fra Den demokratiske republikken Kongo er det anført at søkeren er syk, men det framkommer ikke av saken hva slags sykdom det er. UNE nevner det ikke i sitt vedtak.

Herboende

Fysiske helseproblemer for herboende referanse er i de sakene hvor dette er påberopt, i større grad dokumentert enn fysiske helseproblemer for søker og eventuell omsorgsperson i hjemlandet/oppholdslandet. En av sakene dreier seg om herboende mor, som har fire barn og en ektemann som har søkt familiegjennforening med henne. Herboende har diabetes og leddslitasje i beina, og dette er dokumentert med legeerklæring. UDI sier i sitt ene vedtak at *”[F]urther it has been noted that the reference is permanently incapable of fulfilling the subsistence requirement. This information is, thus, not deemed sufficient to constitute such strong humanitarian grounds that may justify an exemption from the general requirements regarding subsistence.”* UNE kommenterer ikke morens helsesituasjon, men saken blir innvilget på grunn av andre tungtveiende momenter.

I en sak som omhandler tre barn som søker familiegjennforening med herboende stefar, er det dokumentert i saken at stefaren lider av nyresvikt og har behov for dialyse tre ganger i uka. UNE nevner stefarens helsetilstand i sitt vedtak og uttaler at:

”[n]emnda har merket seg anførselene om at stefarens helsetilstand, og at det er viktig for moren at barna kommer til Norge før hun donerer en nyre til sin ektefelle. Etter en helhetsvurdering er nemnda imidlertid kommet til at det ikke foreligger slike særlig sterke menneskelige hensyn, jf. § 25 tredje ledd, som kan begrunne at det gjøres unntak for hovedregelen.”

Kronisk nyresvikt for herboende er også diagnosen som er påberopt og dokumentert ved legeerklæring i en annen sak om to barn fra Rwanda. De søker familiegjennforening med sin herboende bror. UNE nevner dette i sitt vedtak, men finner det ikke avgjørende for å gjøre unntak fra underholdskravet. UNE sier at de:

”har merket seg anførslene om at referansen er syk og at behandlingen av sykdommen gjør at han vil ha en redusert arbeidskapasitet. Etter en helhetsvurdering er nemnda imidlertid kommet til at det ikke foreligger slike særlig sterke menneskelige hensyn, jf. § 25 tredje ledd, som kan begrunne at det gjøres unntak for hovedregelen. Nemnda viser til at det i henhold til gjeldende praksis skal svært tungtveiende grunner til før bestemmelsen kommer til anvendelse. Det vises til at herboende referanse nå studerer fulltid ved høyskolen i Trondheim og det fremkommer av dokumentene i saken at han har tilrettelagt sin behandling slik at han vil kunne studere fulltid. Etter en konkret vurdering har nemnda kommet til at referansens helsesituasjon ikke tilsier at han ikke kan ta arbeid slik at underholdskravet blir oppfylt. Det forhold at han ønsker å studere kan ikke tillegges vekt.”

I en annen sak er det påberopt at herboende onkel og fosterfar skal gjennomføre en operasjon som er nødvendig for å få granatsplinter ut av kroppen, og er derfor ikke i stand til å oppfylle underholdskravet for de tre barna som søker familiegyenforening med han. Verken UDI eller UNE legger avgjørende vekt på dette i vurderingen av om det skal gjøres unntak for underholdskravet. UDI skriver i sitt vedtak:

”Det anføres at referansen på grunn av sin helsetilstand ikke er i stand til å ta seg inntektsgivende arbeid. Det er opplyst at referansen må opereres for å få ut fremmedlegemer (granatsplinter) i kroppen. Referansen ønsker imidlertid ikke å bli operert før familien har fått tillatelse, og kommet til Norge. Det antas at referansens ervervsevne kan bli bedret etter en operasjon.” og videre at ” Dispensasjonsadgangen etter § 25 er ment å være en snever unntaksregel. Direktoratet kan ikke se at det i foreliggende sak er grunn til å dispensere. Det vises til at referansens reduserte arbeidsevne ikke er varig. Det forhold at referansen må opereres med etterfølgende rehabilitering, er ikke tilstrekkelig til å dispensere.”

UNE på sin side sier i sin vurdering at de har ”merket seg de fremlagte journalutskriftene hvor det fremkommer at herboendes psykiske helse ikke gir grunnlag for psykiatrisk

vurdering og at herboende er i stand til å ta seg lettere arbeid som ikke fordrer mye bevegelse/løfting. Etter en helhetsvurdering er nemnda kommet til at det ikke foreligger slike særlig sterke menneskelige hensyn, jf § 25 tredje ledd, som kan begrunne at det gjøres unntak fra hovedregelen. Nemnda viser til at det i henhold til gjeldende praksis skal svært tungtveiende grunner til før bestemmelsen kommer til anvendelse.”

I en annen sak anføres fysiske helseproblemer for herboende fostermor, som anfører at hun er gammel og syk. Det er dokumentert ved legeerklæring at hun har hatt kronisk tarmtuberkulose, men er erklært frisk, dog med noe ubehag. UNE nevner dette i sine vurderinger i avslaget.

I to andre saker er det påberopt at herboende referanse sliter med helseproblemer, men dette er verken spesifisert eller dokumentert. I begge sakene sier UNE at de har merket seg anførselen, men legger ikke vekt på denne i skjønnsvurderingen.

Omsorgsperson i hjemlandet/oppholdslandet

I 27 saker ble det anført av søker at omsorgspersonen i hjemlandet/oppholdslandet hadde fysiske helseproblemer. Kun i 8 saker er dette dokumentert med legeerklæring.

I 4 av sakene hvor det er dokumentert at det foreligger fysiske helseproblemer for omsorgsperson i oppholdslandet, gjelder fire somaliske barn som søker familiegjening med sin mor. De søker ifølge med sin far som har hjerteproblemer. UDI skriver i sitt oversendelsesbrev til UNE at *”[a]v nye opplysninger legger advokat x ved legeattest som skal vise at hovedsøkeren er innlagt på sykehus etter et hjerteanfall i begynnelsen av mars 2006.”*

...

”Utlendingsdirektoratet viser til at den vedlagte oversettelsen av legeerklæringen av 05.03.06 vedrørende hovedssøkeren viser at han kun var innlagt ved X Hospital i kort tid, i klageteksten fremgår at hjerteanfallet skal ha inntruffet i begynnelsen av mars. Det fremgår ikke når han ble innlagt, men at han har forlatt sykehuset ved denne datoen, og at hans

situasjon var/er stabil, selv om han fremdeles går på medisiner. Vi finner det ikke sannsynliggjort at han er ute av stand til å ha omsorg for sine barn.”

I ytterligere to saker nevner utlendingsmyndighetene i sine vedtak at det i saken er anført at omsorgspersonen i hjemlandet/oppholdslandet har fysiske helseproblemer. De siste vedtakene omhandler en sak hvor det er anført at besteforeldrene som barna bor hos, er gamle og syke.

Det er mange andre saker hvor det er påberopt, og i enkelte tilfeller dokumentert, at omsorgspersonen i hjemlandet har helseproblemer av fysisk art. Dette gjelder tilfeller i alt fra generell fysisk svekkethet som skyldes alderdom til alkoholproblemer, diabetes, høyt blodtrykk og lammelser i ansiktet.

6.9.2.3 Vurdering av psykiske og fysiske helseproblemer nevnt i intervjuene

Flere av intervjuobjektene mener fysiske og psykiske helseproblemer kan være et moment i vurderingen av særlig sterke menneskelige hensyn. Ett av intervjuobjektene nevnte at det kan være et moment i vurderingen av barnets situasjon i hjemlandet/oppholdslandet, samt at det kan være et moment som spiller inn i vurderingen av herboendes omsorgsevne.

Tidligere la utlendingsmyndighetene vekt på helseanførsler uten at man nødvendigvis hadde dokumentasjon på dette, fortalte et annet intervjuobjekt. Vedkommende viste til at UNE i en periode hadde vært liberale i forhold til skjønnsvurderingen når det ble anført at besteforeldrene i hjemlandet som barna bodde hos var syke. Intervjuobjektet mente at de i en periode hadde merket et økende antall syke bestemødre.

6.9.3 Vekt og våre vurderinger

Ikke i noen av sakene som vi har gått igjennom, og som dreier seg om forholdsvis alvorlige helseproblemer som nyresvikt, dialyse, hodeskader med mer, har dette blitt tillagt noen særlig vekt i vurderingen om det skal gjøres unntak for underholdskravet. I flere av sakene

sier utlendingsmyndighetene at de har merket seg det anførte, men avslår med en standardbegrunnelse. Vi mener at utlendingsmyndighetene legger en svært høy terskel for om helseproblemer kan være et moment i unntaksvurderingen.

Helseproblemer av ulik art anføres forholdsvis ofte i vedtakene, men er i liten grad dokumentert. Ansvar for å sende inn nødvendig dokumentasjon ligger hos søkeren, men utlendingsmyndighetenes har gjennom sin undersøkelsesplikt et ansvar for at saken er godt nok opplyst. Dette kan innebære og be søkerne om å dokumentere de påberopte forhold. Men undersøkelsesplikten har en grense mot hensynet til effektivitet i forvaltningen.

Utlendingsmyndighetene kan også være tilbakeholdne med å legge stor vekt på legeerklæringer fordi legeerklæringer fra bestemte land er generelt ansett for å ha liten notoritet. Dette er ikke et problem som bare gjelder legeerklæringer, men også annen dokumentasjon fra bestemte land. En konsekvens av dette er at en del søkere vil ha problemer med å dokumentere helseproblemer, fordi det er vanskelig å skaffe notoriske legeerklæringer. Et resultat av dette kan være at tilsvarende helseproblemer vurderes ulikt, avhengig av om de er tilstrekkelig dokumentert.

6.10 Herboende oppnår bosettingstillatelse innen et halvt år

6.10.1 Innledning

Når herboende får bosettingstillatelse, bortfaller underholdskravet for søkerne som omfattes av personkretsen i uf. § 23 a, b, c og e. Dette følger av uf. § 25 fjerde ledd bokstav a. Av de grupper søkere vi har sett på kan derfor momentet ha betydning for barn som søker som har begge foreldre i riket, jf. uf. § 23 c, og for barn som har en forelder i riket, uf. § 23 e. Dersom det er kort tid igjen til herboende får bosettingstillatelse, kan det være et relevant moment i skjønnsvurderingen om man skal dispensere fra underholdskravet, i og med at kravet likevel vil opphøre innen kort tid.

At herboende får bosettingstillatelse er ikke relevant i sakene hvor søkerne faller inn under personkretsen i uf. § 24, da herboendes bosettingstillatelse ikke medfører bortfall av underholdskravet for disse søkerne.

6.10.2 Funn

I vårt saksutvalg er det 52 vedtak som faller inn under uf. § 23 c og e, og hvor underholdskravet bortfaller når herboende får bosettingstillatelse, jf. uf. § 25 fjerde ledd bokstav a. I til sammen 8 av disse vedtakene blir momentet om at herboende snart får bosettingstillatelse nevnt i vurderingene.

I tre vedtak trekkes det at herboende snart får bosettingstillatelse fram som et argument *mot* å dispensere. Herboende hadde søknad om bosettingstillatelse inne til behandling. Etter å ha kommet med flere argumenter mot å dispensere fra underholdskravet, føyer UNE til med en avsluttende bemerkning:

”Nemnda vil og bemerke at det ikke stilles krav om sikret underhold dersom referansen får innvilget bosettingstillatelse i Norge.”

Argumentet føyes på som et tilleggsmoment til de øvrige, og det ser ut til at det er ment å henvise til at søkerne snart kan søke på nytt uten at det stilles krav om underhold.

I ett vedtak er herboendes mulige bosettingstillatelse trukket fram som et moment som kan tale for å dispensere, men tillegges ikke avgjørende betydning i helhetsvurderingen, da UNE lander på at man ikke vil dispensere:

”The Board has noted the arguments regarding the appellant’s situation in Addis Ababa and the fact that the reference person might be granted a settlement permit in August this year. However, following an overall assessment, the Board has concluded that there are no such particularly strong humanitarian considerations, cf. section 25, third paragraph that may give grounds to exceptions from the main rule. The Board points out that, according to current practice, application of the provision requires extremely weighty grounds.”

I fire vedtak er det at herboende snart oppfyller vilkårene for bosettingstillatelse trukket fram og blitt et av flere momenter som taler for dispensasjon, uten at det framstår som avgjørende:

”Det tilføyes i denne sammenheng at herboende referanse fyller vilkårene for bosettingstillatelse i februar 2007. På dette tidspunkt vil det etter uf. § 25 fjerde ledd bokstav c ikke være krav om at underhold må være sikret før familiegjensforening kan skje.”

Blant intervjuobjektene var det også delte meninger om dette var et moment man kunne ta hensyn til. Dersom man tok hensyn til det var det uenighet om momentet talte for eller imot dispensasjon, på samme måte som i vedtakene.

De fleste gav uttrykk for at det var satt en klar grense for frafall av underholdskravet på tidspunkt for bosettingstillatelse, at denne måtte respekteres og at det ble feil å se hen til dette momentet.

Andre, som for så vidt også mente at grensen måtte respekteres, åpnet for å legge saken litt på vent dersom det var kort tid igjen til herboende fikk bosettingstillatelse. Dermed avventet man å fatte vedtak til vilkårene for å få unntak fra underholdskravet foreligger.

En saksbehandler påpekte i intervjuet at dersom det var kort tid igjen til herboende fikk bosettingstillatelse, var det argument for *ikke* å dispensere. Barna kunne da snart søke familieegjenforening på nytt uten at det ble stilt underholdskrav.

6.10.3 Vekt og våre vurderinger

På bakgrunn av både vedtakene og intervjuene, mener vi momentet har hatt liten vekt i skjønnsvurderingen, uavhengig av om det benyttes som argument for eller imot dispensasjon for underholdskravet. Momentet har i sakene vi har sett på ikke vært avgjørende. Der det er trukket fram er det som et tilleggsmoment når de øvrige momenter allerede har gitt et svar.

Det er dessuten ulike rutiner for å legge saken i bero i påvente av bosettingstillatelse. Dette har ikke med momentets vekt å gjøre, men er avgjørende for sakens utfall dersom herboende har fått bosettingstillatelse når saken tas opp igjen til behandling.

I vedtakene og blant saksbehandlerne er det ulik oppfatning av om muligheten for snarlig bosettingstillatelse er et moment som taler for eller imot dispensasjon, og om saksbehandlingen påvirkes av dette.

Det er uheldig at både vedtak og intervjuer viser at saksbehandlerne er uenige i hvorvidt momentet taler for og imot dispensasjon. Sjøl om det i sakene vi har sett på ikke har vært et

avgjørende moment, kan det være grunnlag for å frykte at det fører til forskjellsbehandling. Det kan ikke utelukkes at momentet kan ha avgjørende betydning i saker vi ikke har sett på.

I saker hvor man ikke avventer bosettingstillatelse, men forventer at herboende snart får bosettingstillatelse og vektlegger dette til fordel for dispensasjon, kan det innvendes at det ikke er ryddig å forskuttere i familiegjenforeningssaken at herboende får bosettingstillatelse. Herboende må søke om bosettingstillatelse, og får ikke dette automatisk når vilkårene er oppfylt. Hvorvidt vilkårene er oppfylt må vurderes i forbindelse med herboendes søknad om bosettingstillatelsen.

I tillegg til at saksbehandlerne forholder seg ulikt til snarlig bortfall av underholdskravet, bidrar også den svært lange og uforutsigbare saksbehandlingstiden (for både familiegjenforening og bosettingstillatelser) til at er tilfeldig og til dels utenfor søkernes kontroll om herboende har rukket å få vedtak om bosettingstillatelse før det fattes vedtak i familiegjenforeningssaken.

6.11 Personkrets

6.11.1 Innledning

I denne delen vil vi se om det har betydning for skjønnsvurderingen hvilken personkrets søkeren faller inn under.

Personkretsen som kan få familiegjenforening er definert i uf. §§ 23 og 24. Uf. § 23 omfatter de nærmeste familiemedlemmer (mindreårige barn og deres foreldre, samt ektefeller) som har rettskrav på familiegjenforening dersom vilkårene er oppfylt, jf. ul. § 9. Uf. § 24 omfatter en mer perifer krets, som fosterbarn og helsøsken, som *kan* få oppholdstillatelse på grunn av sterk tilknytning til riket, jf. ul. § 8 annet ledd. Den omfatter også de som kan få oppholdstillatelse av sterke menneskelige hensyn, uf. § 24 annet ledd, jf. ul. § 8 annet ledd. For nærmere redegjørelse for disse reglene, se kapittel 3.

Det vi skal vurdere her er om det er forskjell på skjønnsvurderingen og ulik terskel for å dispensere fra underholdskravet på grunn av særlig sterke menneskelige hensyn, avhengig av om søkeren omfattes av personkretsen i uf. § 23 eller i uf. § 24.

6.11.2 Funn

I vårt saksutvalg er det 52 vedtak som omhandler barn som faller inn under uf. § 23, og 63 vedtak som omhandler barn som faller inn under personkretsen i uf. § 24.

Alle de 15 dispensasjonene fra underholdskravet som var gjort i vårt utvalg er for søkere som faller inn under uf. § 23, altså barn som søker familiegjenforening med sine foreldre. Det vil si at i 29 prosent av vedtakene hvor søker var omfattet av personkretsen i uf. § 23, ble det dispensert. Ingen som påberopte fosterbarnrelasjon, søskenrelasjon eller annen sterk tilknytning eller sterke menneskelige hensyn etter uf. § 24, fikk dispensasjon fra

underholdskravet. Dette sjøl om flertallet av vedtakene vi så på gjaldt personer som falt inn under denne personkretsen.

Funnet gir en indikasjon på at det i større grad dispenseres på grunnlag av særlig sterke menneskelige hensyn når herboende er forelder og søkeren faller inn under skal-bestemmelsen i uf. § 23, enn når herboende er subsidiære omsorgspersoner og søkeren faller inn under kan-bestemmelsen i uf. § 24.

En annen indikator for dette er forskjellen i valg av behandlingsform hos UNE. UNE har fattet vedtak i 70 av sakene i vårt saksutvalg, hvorav 44 falt innenfor uf. § 24, og 26 falt innenfor uf. § 23. Behandlingsformen fordelte seg slik for de to bestemmelsene:

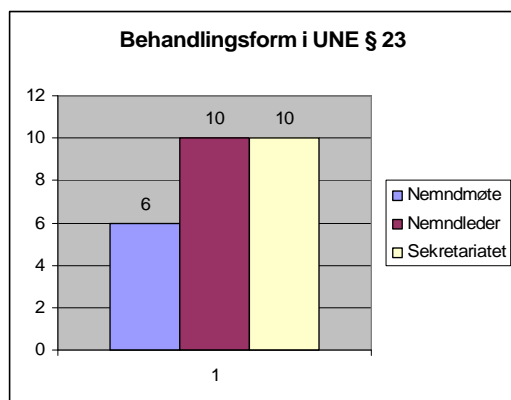


Diagram 6.10.

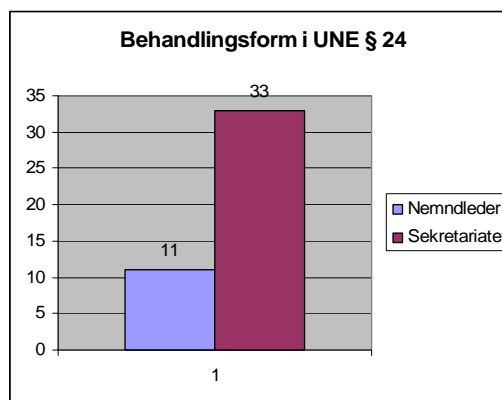


Diagram 6.11.

Valg av behandlingsform i UNE er hjemlet i ul. § 38 b tredje ledd, og behandlingsnivå vurderes ut fra hvor tvilsom saken er. En vesentlig større andel av sakene etter uf. § 24 behandles av sekretariatet alene, og man er stort sett i mindre tvil om utfallet i disse sakene. Sakene får en mer summarisk behandling på sekretariatsnivå, med mer bruk av standardbegrunnelser og mindre individuelle vurderinger som framkommer i vedtakene. Det var standardbegrunnelser i omtrent to av tre vedtak etter uf. § 24, og i ett av tre vedtak etter uf. § 23. Mer om standardbegrunnelser i punkt 7.4.

I to saker trekkes det fram som et moment i denne vurderingen at søkerne faller inn under personkretsen i ”kan-bestemmelsen”, uf. § 24:

”Nemnda har videre sett hen til opplysningene om at klagerne er mindreårige og at de lever i en vanskelig situasjon i Kenya da de verken har oppholdstillatelse eller reisedokumenter, men finner heller ikke at dette er taler for at det gjøres unntak fra underholdskravet. Det bemerkes i denne sammenheng at en tillatelse etter uf. § 24 første ledd er en kan-bestemmelse og at det i uf. § 25 ikke gjøres særskilt unntak fra underholdskravet ved familieegjenforening etter denne bestemmelsen.”

Som støtte for synspunktet viser nemnda til at det for personkretsen som faller inn under uf. § 23 allerede er oppstilt en del andre unntak fra underholdskravet (når herboende har fått bosettingstillatelse, når herboende har asyl, når herboende er norsk statsborger m.m.). Vi forstår saksbehandlers argumentasjon slik at når det ikke er gitt tilsvarende unntak for de som omfattes av personkretsen i uf. § 24, taler det for at også terskelen for å dispensere på grunnlag av særlig sterke menneskelige hensyn er høyere for denne gruppen.

At det skal mer til for å dispensere når søker faller inn under en kan-bestemmelse i stedet for en skal-bestemmelse mente også noen av saksbehandlerne i intervjuene, mens andre saksbehandlere gav uttrykk for at dette ikke skulle gjøre noen forskjell for dispensasjonsvurderingen.

Noen saksbehandlere trakk fram i intervjuene at dersom det innvilges opphold etter uf. § 24 annet ledd fordi det foreligger sterke menneskelige hensyn, vil det være rart å avslå på grunnlag av underholdskravet fordi det ikke foreligger *særlig* sterke menneskelige hensyn. Dette sjøl om *særlig sterke* menneskelige hensyn, i hvert fall i teorien, utgjør en høyere terskel enn *sterke* menneskelige hensyn. Dette viser at forskjellen mellom sterke menneskelige hensyn og særlig sterke menneskelige hensyn ikke er tydelig, og at det er

vanskelig å peke på hva som skiller.¹²⁶ Her trekkes oppholdsgrunnlaget i uf. § 24 annet ledd fram som et argument *i seg sjøl* for å dispensere fra underholdskravet: når man først omfattes av personkretsen i uf. § 24 annet ledd medfører dette dispensasjon. Det kan framstå som en motsetning til synspunktet enkelte andre saksbehandlere gav uttrykk for, nemlig at terskelen for dispensasjon er lavere for de som faller inn under skalbestemmelsen i uf. § 23 enn kan-bestemmelsen uf. § 24.

6.11.2.1 Nærmere om vurderingen av personkrets

Et trekk ved saksbehandlingen i saker vi så på var at når underholdskravet ikke var oppfylt, ble det ikke vurdert eller tatt stilling til om søker var omfattet av personkretsen. I vedtakene står det at det ikke er konkludert om dette fordi det ikke er avgjørende for sakens utfall, da underholdskravet ikke er oppfylt.

Det er forskjell i UDI og UNE hvorvidt man avslår på grunnlag av underholdskravet uten å vurdere personkrets. UDI har en varierende praksis på om de vurderer og konkluderer i forhold til både personkrets og underholdskrav:

- I noen UDI-vedtak vurderes ikke personkrets, man går rett på vurderingen av underholdskrav og avslår på dette grunnlaget.
- I andre UDI-vedtak drøftes personkretsen, men man konkluderer ikke.
- I atter andre saker vurderer man først personkretsen og finner at de faller inn under personkrets som kan få oppholdstillatelse, for deretter å gå videre på underholdskravvurderingen og avslå på grunn av manglende underhold, eventuelt dispensere på grunn av særlig sterke menneskelige hensyn.
- I vårt saksutvalg har vi også to UDI-vedtak hvor man fullfører hele vurderingen med personkretsen og finner at vilkårene verken etter uf. § 23 eller uf. § 24 første og annet ledd er oppfylt. Da avslås søknadene på dette grunnlaget, og UDI går ikke videre og vurderer om underholdskravet er oppfylt, og om det eventuelt skal dispenseres.

¹²⁶ Se punkt 3.5

Vi kunne ikke se at det forelå noe mønster i UDI for når man valgte de ulike former for vurdering.

UNE har en konsekvent praksis: Dersom underholdskravet ikke er oppfylt, tas det ikke stilling til personkrets. I vedtaket framkommer heller ingen vurderinger av om den anførte tilknytning til herboende er korrekt. UNE går rett videre til vurderingen av underholdskravet og om det foreligger grunnlag for dispensasjon.

For å fastslå personkrets må det for en del søkere foretas DNA-test, eller det må f.eks. vurderes nærmere om det er tilstrekkelig sannsynliggjort at det forekommer en fosterbarnrelasjon etter uf. § 24 bokstav f eller at foreldrene er døde etter uf. § 24 bokstav g. I saker hvor underholdskravet likevel ikke er oppfylt, hopper man ofte over der hvor gjerdet er lavest. Tids- og ressurshensyn taler for dette, men i vår gjennomgang av sakene stilte vi spørsmål om ikke dette kan tenkes å få betydning for skjønnsutøvelsen under vurderingen av om det skal dispenseres fra underholdskravet. Søkerne anfører å være igjen alene i hjemlandet, og søker familiegjengeforening med nære omsorgspersoner her. Det er relevant for søkerens livssituasjon og om det foreligger sterke menneskelige hensyn om herboende er søkerens nærmeste omsorgsperson i kraft av å være foreldre, fosterforeldre, helsøsken etc., om søkeren ikke har andre omsorgspersoner i hjemlandet osv. Som nevnt over er det også relevant om det foreligger sterke menneskelige hensyn som grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse etter uf. § 24 annet ledd, jf. § 8 annet ledd, og dersom det ble svart ja på dette spørsmålet var dette et viktig argument for å dispensere for underholdskravet på grunn av særlig sterke menneskelige hensyn. Et slikt synspunkt må innebære at man nettopp tar stilling til om personen omfattes av personkretsen.

I to vedtak i vår sak illustreres problemstillingen. To gutter fra Somalia søkte familiegjengeforening med sin tante i Norge, sammen med sin bestemor (som var herboendes mor). UDI sier at det kanskje foreligger sterke menneskelige hensyn, men tar ikke endelig stilling til dette da underholdskravet uansett ikke er oppfylt:

“The Directorate of Immigration notes that strong humanitarian grounds may exist for making an exception to the general rules for who is eligible for family reunification, cf. the Immigration Regulations section 24 second paragraph. However, it is a requirement that subsistence is ensured for the period for which the application applies, cf. the Immigration Regulations section 25. The present minimum requirement is NOK 169.100 p.a. This requirement is not satisfied. The reference currently has an income of NOK 121 398.

Nor are there strong humanitarian considerations which justify making an exception from the subsistence requirement pursuant to the Immigration Regulations section 25 third paragraph, third sentence.”

Tatt i betraktning at noen av saksbehandlere sa at dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn som kan danne grunnlag for innvilgelse etter uf. § 24 annet ledd, var det også et forhold som dannet grunnlag for dispensasjon fra underholdskravet. Denne saken illustrerer at det *kan* ha betydning for skjønnsvurderingen å klargjøre personkrets først, da dette kan få konsekvenser for om det dispenseres.

Vi spurte saksbehandlerne i intervjuene om de mente det hadde betydning for skjønnsvurderingen at relasjonene ikke var klarlagt. Det synes som om flere av saksbehandlerne ikke hadde tenkt så mye gjennom problemstillingen.

Flere saksbehandlere mente det hadde betydning for skjønnsvurderingen at man ikke har tatt stilling til personkretsen. Man måtte da legge søkers og herboendes forklaringer om den oppgitte relasjonen til grunn for vurderingen, og gjør en vurdering av at man ikke ville dispensert sjøl om søkeren faller inn under personkrets. Det er da ingen grunn til å gå videre med ytterligere bevisførsel om situasjonen, da det vil medføre mye ekstraarbeid.

I to vedtak går UDI motsatt vei enn i flertallet av sakene. UDI vurderer og konkluderer i forhold til uf. § 24 første og annet ledd. Når søkerne ikke faller inn under personkretsen,

går ikke UDI videre og vurderer dispensasjon fra underholdskravet. UNE tar ikke stilling til personkretsen, men avslår på manglende underholdskrav.

6.11.3 Vekt og våre vurderinger

Det er vanskelig å si noe om vekten av dette momentet på grunnlag av vårt datamateriale. Det er ulike oppfatninger mellom saksbehandlerne om det er en forskjell på dispensasjon avhengig av om søkerne faller inn under uf. §§ 23 og 24. I vårt saksutvalg er det imidlertid flere indikatorer som tyder på at det er slik forskjell i praksis, og at det er enklere å få dispensasjon for underholdskrav når man faller inn under personkretsen i uf. § 23.

Vi mener det ikke er grunnlag for å ha en ulik terskel for å dispensere på grunn av særlig sterke menneskelige hensyn avhengig av om søkerne omfattes av personkretsen i uf. §§ 23 eller 24, og dermed gjøre et skille på grunnlag av skal- og kan-bestemmelse. Regelen i uf. § 25 tredje ledd tredje punktum gjelder for de som kan få oppholdstillatelse i medhold av både uf. §§ 23 og 24, og gjør i seg sjøl ingen forskjell.

At det dispenseres oftere etter uf. § 23 enn etter uf. § 24 kan ha forklaringer som ikke nødvendigvis skyldes at terskelen er høyere for søkere som omfattes av uf. § 24, men at det i saker etter uf. § 23 i større grad foreligger forhold som taler for dispensasjon. Nettopp de grunner som skiller sakene i uf. § 23 og uf. § 24 fra hverandre, kan være avgjørende for om det er en ”særlig sterke menneskelige hensyn-situasjon”. Familiemedlemmene i uf. § 23 står nærmere hverandre, og denne relasjonen kan tale sterkere for dispensasjon enn relasjonene i uf. § 24. Dessuten har personkretsen i uf. § 23 sterkere beskyttelse etter EMK art. 8 om retten til familieliv, som også kan være avgjørende for om det dispenseres dersom familielivet ikke kan reetableres et annet sted.

På den annen side angir uf. § 24 sterk tilknytning og sterke menneskelige hensyn som oppholdsgrunnlag. Det er strenge vilkår for å komme inn under kategoriene i uf. § 24 første ledd: For fosterbarn kreves det at man er etablert medlem i herboendes husstand, og at herboende er den som utøver foreldreansvar. For helsøsken kreves at foreldrene er døde og

at de ikke har andre omsorgspersoner. For å innvilges opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn etter uf. § 24 annet ledd er det en høy terskel. Disse vilkårene viser at det er tungtveiende menneskelige hensyn som danner grunnlaget for at de i det hele tatt omfattes av personkretsen som kan innvilges familiegjengeforening etter uf. § 24, og disse hensynene gjør seg også gjeldende i vurderingen av om det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn. Se nærmere om omsorgspersoner i punkt 6.8.

Sjøl om det ikke er tatt stilling til personkretsen, er det klart at forvaltningen kan ha lagt søkernes forklaringer til grunn. Men kan det tenkes at liten tiltro til anførselene påvirker skjønnsutøvelsen? For eksempel får en stor andel fosterbarn fra enkelte land avslag i saker hvor underholdskravet ikke er et problem, men da fordi de ikke har klart å dokumentere de nærmere vilkår som kreves for å falle inn under personkretsen i uf. § 24 (tilhørighet i husstanden og at herboende utøver foreldreansvar). I land som Somalia hvor det ikke er fungerende administrasjon, vil juridisk gyldig overføring av foreldreansvaret vanskelig kunne dokumenteres. I mange land vil det også være vanskelig å dokumentere at foreldrene er døde, som er et vilkår for oppholdstillatelse etter uf. § 24 g om helsøken. Saksbehandlerne vet at mange av disse sakene vil medføre avslag uansett på grunnlag av personkrets. Kan den utbredte bruk av standardbegrunnelser vedrørende skjønnsvurderingen i uf. § 24 skyldes at man erfaringsmessig vet at de påberopte relasjonene ofte ikke holder uansett? Vi har ikke grunnlag for å konkludere, men reiser spørsmålet.

Vi mener det ville vært mer betryggende for skjønnsvurderingen om forvaltningen først tok stilling til personkretsen, og fikk den faktiske situasjonen og relasjonen på det rene. Dersom det er en person som kan få opphold etter uf. §§ 23 eller 24, kan man gå videre med å vurdere om det skal dispenseres fra underholdskravet.

6.12 Innvandringspolitiske hensyn

6.12.1 Innledning

Innvandringspolitiske hensyn gjør seg særlig gjeldende i utlendingssaker preget av skjønnsvurderinger. Norske myndigheter vil ha kontroll med innvandringen. Dersom forvaltningen praktiserer en unntaksbestemmelse liberalt, kan dette føre til en økt pågang av tilsvarende saker. Innvandringspolitiske hensyn, det vil si en begrenset innvandring fra barn som er alene igjen i hjemlandet/oppholdslandet uten omsorgspersoner, taler for en streng praktisering for innvilgelse av familiegjenforening for barn når vilkårene ikke er oppfylt. Det innebærer at når underholdskravet ikke er oppfylt, tilsier de innvandringspolitiske hensyn en streng praktisering av dispensasjonsskjønnet særlig sterke menneskelige hensyn.

Innvandringspolitiske hensyn er alltid et argument mot innvilgelse.¹²⁷ Det vurderes ikke positive innvandringspolitiske hensyn, som at Norge trenger arbeidskraft eller flere barn.

I forslaget til ny utlendingslov foreslås det å bruke ”innvandringsregulering” som et mer treffende begrep enn innvandringspolitiske hensyn. Hensyn som nevnes¹²⁸ er de samfunnsmessige utfordringer som kan følge med en bestemt type innvandring, kontrolltekniske hensyn, ressursmessige hensyn knyttet til saksbehandlingen og konsekvenshensyn når det gjelder omfanget av innvandringen.

6.12.2 Funn

I alle vedtakene vi har gått igjennom i vårt saksutvalg er det vist til innvandringspolitiske hensyn. Vi har registrert 43 saker hvor innvandringspolitiske hensyn er det avgjørende momentet for skjønnsvurderingen, og i de resterende 72 sakene er innvandringspolitiske hensyn lagt vekt på som del av en helhetsvurdering.

¹²⁷ UNEs årbok 2004 side 12

¹²⁸ NOU 2004:20 *Ny utlendingslov*

En av sakene hvor UNE har lagt vekt på innvandringspolitiske hensyn som del av en helhetsvurdering, gjelder en 16 år gammel gutt fra Afghanistan som søker familiegjengenforening med sin bror. UNE uttaler i vedtaket:

”Det skal i henhold til praksis svært meget til før bestemmelsen kommer til anvendelse. I vurderingen må det i tillegg til de innvandringspolitiske føringer som ligger i de lov- og forskriftsbestemmelser som gjelder, tas hensyn til internasjonale konvensjoner som Norge er forpliktet av.”

I en av sakene som er innvilget av UNE i nemndmøte, er det laget utførlige merknader til nemndmedlemmene, som viser hvordan innvandringspolitiske hensyn legger premiss for særlig sterke menneskelige hensyn-vurderingen. Her går det fram at det at barn er igjen alene uten omsorgspersoner, ikke i seg sjøl er nok for å gjøre unntak fra underholdskravet. For å unnta fra underholdskravet må det foreligge spesielle og individuelle forhold i den konkrete saken. Dersom det foreligger omstendigheter som er påregnelige for et større antall saker, taler dette mot en dispensasjon.

Fra merknadene: *”[v]ed vurderingen av om det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn må utgangspunktet være at hjemmelen er en snever unntaksbestemmelse som skal fange opp urimelige utslag av de begrensninger som følger av regelverkets mer spesifikke bestemmelser. Etter ordlyden er det ikke tilstrekkelig at det foreligger sterke menneskelige hensyn, disse hensynene må i tillegg være ”særlig” sterke. Formålet med bestemmelsen antas å være å fange opp spesielle tilfeller hvor det fremstår som klart urimelig at underholdskravet kreves oppfylt.*

Omstendigheter som er påregnelig vil gjøre seg gjeldende for et stort antall søkere vil ikke i seg selv kunne utgjøre et særlig sterkt menneskelig hensyn. Det må som utgangspunkt både foreligge helt spesielle og tungtveiende omstendigheter som skiller klagerens situasjon vesentlig fra andres under tilsvarende forhold, og disse omstendigheter må med styrke tale for at familiegjengenforening innvilges.

Om det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn som tilsier at tillatelse gis må avgjøres etter en helt konkret vurdering av ulike velferdsgrunner opp mot aktuelle innvandringspolitiske hensyn, jf. ul. § 2 første ledd.”

Et annet eksempel på hvordan utlendingsmyndighetene vurderer innvandringspolitiske hensyn er et vedtak som omhandler ei 16 år gammel jente fra Bangladesh, som søker familiegjengenforening med sin mor. UNE uttaler i sin vurdering at

”[n]emnda har merket seg anførslene om klagerens situasjon i hjemlandet, men finner ikke at det er tilstrekkelig tungtveiende. De anførte forhold synes å være omstendigheter som påregnelig vil kunne gjøre seg gjeldende for mange barn i samme situasjon hvis foreldre reiser fra hjemlandet for å ta opphold i et annet land. Omstendigheter som påregnelig vil gjøre seg gjeldende for et stort antall søkere vil ikke i seg selv kunne utgjøre et særlig sterkt menneskelig hensyn. Det må som utgangspunkt både foreligge helt spesielle og tungtveiende individuelle omstendigheter som skiller klagerens situasjon vesentlig fra situasjonen for andre som lever under sammenlignbare forhold, og disse omstendigheter må med styrke tale for at familiegjengenforening innvilges.”

I intervjuet hvor spørsmålene ble besvart skriftlig, fikk vi følgende svar på spørsmålet om hva utlendingsforvaltningen legger i innvandringspolitiske hensyn:

”Innvandringspolitiske hensyn” (IPH) kan defineres som de beveggrunner innvandringspolitikken og utlendingslovgivningen bygger på. IPH står sentralt ved tolkningen av utlendingsloven og utlendingsforskriften. IPH tillegges også vekt ved utøvelsen av forvaltningsskjønn. Hvilken plikt eller adgang man har til å legge vekt på et bestemt IPH i rettsanvendelsen og skjønnsutøvelsen, vil avhenge både av hvilken rettskildefaktor hensynet representerer/utledes av, og hvilken bestemmelse man står overfor. Grensene for hvilke hensyn som kan tas i betraktning ved lovanvendelsen fremgår av rettskildelæren. Grensene for hvilke hensyn som kan tillegges vekt ved utøvelsen av forvaltningsskjønn fremgår av

læren om (forbudet mot) myndighetsmisbruk. Mest praktisk er forbudene mot grovt urimelige vedtak og usaklig forskjellsbehandling.”

Flere av intervjuobjektene mente man i tilknytning til innvandringspolitiske hensyn må se hen til konsekvensene av å dispensere. Flere er inne på at innvandringspolitiske hensyn taler mot at man dispenserer fra hovedregelen, dersom en dispensasjon innebærer at man må endre praksis for mange andre i samme situasjon. Et av intervjuobjektene viste til at dersom en innvilgelse innebærer praksisendring som kan føre til at mange kan få innvilgelse på samme grunnlag, må departementet varsles.

Et annet intervjuobjekt sa at innvandringspolitiske hensyn er en skranke for hvor langt utlendingsmyndighetene kan når det gjelder å innvilge en søknad om oppholdstillatelse på et skjønnsmessig grunnlag. Vedkommende sa at det ligger i de innvandringspolitiske hensyn at det ikke er nok at man faller utenfor de ordinære vilkårene for opphold.

Forholdet mellom innvandringspolitiske hensyn og barnets beste-vurderingen, var det også enkelte intervjuobjekter som trakk fram. De viste her til at EMD hadde sagt at innvandringspolitiske hensyn kan gå foran barnets beste.

Et av intervjuobjektene nevnte at et mothensyn for å dispensere er at det er samfunnsøkonomisk ulønnsomt at ikke herboende er i arbeid. Vedkommende pekte på at underholdskravet kan være et insitament for å få flere ut i jobb.

6.12.3 Vekt og våre vurderinger

Forvaltningspraksisen viser at innvandringspolitiske hensyn er et overordnet hensyn som alltid skal ha vekt i skjønnsvurderingen.

Som nevnt i svært mange vedtak skal unntaksbestemmelsen i forhold til underholdskravet være en snever sikkerhetsventil hvor det skal svært tungtveiende grunner til for at man skal gjøre unntak fra underholdskravet. En av begrunnelsene for dette er at omstendigheter som

kan gjøre seg gjeldende for et stort antall saker ikke i seg sjøl kan være et tungtveiende argument. Søkeren situasjon *må skille seg vesentlig fra andre barn som lever under sammenlignbare forhold*. Begrunnelsen for dette er at en dispensasjon ikke skal binde utlendingsmyndighetene til å dispensere i et stort antall tilsvarende saker.

Både hos UDI og UNE fikk vi vite at den problemstillingen vi ønsket å skrive om, var lite aktuell hos dem. De hadde få saker, og de mente sjøl at de dispenserte for underholdskravet i de fleste sakene hvor barn var igjen uten foreldre. Vi har som sagt gått igjennom 115 vedtak som omhandler 75 barn som faller innenfor problemstillingen, og er barn uten foreldre i hjemlandet. I kun 15 vedtak ble det dispensert.

Vi tror de fleste barna som har mulighet til å søke familiegjengenforening gjør dette. En mer liberal praktisering vil føre til at flere får oppholdstillatelse, men neppe føre til stor økning i antall familiegjengenforeningssøknader fra barn i samme situasjon.

6.13 Oppsummering

Etter å ha analysert og vurdert 12 ulike momenter som har betydning i skjønnsvurderingen, vil vi avslutningsvis sammenfatte hvordan momentene tillegges vekt i helhetsvurderingen.

Det viktigste momentet som fikk selvstendig betydning i de fleste av våre vedtak var de innvandringspolitiske hensyn. Enhver dispensasjonsvurdering skal måles mot dette. Alle avslag ble begrunnet med dette hensynet, mange av dem med dette hensynet alene.

Barnas omsorgssituasjon kan være et viktig moment i skjønnsvurderingen, og er i enkelte tilfeller avgjørende. Som våre funn viste er det at barna er igjen uten foreldre vanligvis ikke nok i seg sjøl for å dispensere. Av 115 vedtak vedrørende barn, hvor de fleste var igjen alene, ble det bare dispensert i 15 vedtak. Vi så at utlendingsmyndighetene ser hen til om barna har andre omsorgspersoner i hjemlandet/oppholdslandet, og har en vid definisjon av hvem som kan være dette.

Søkerens alder har blitt trukket fram som et moment som kan få avgjørende betydning, kombinert med at barna er igjen uten foreldre. Alder ble i intervjuer og i enkelte UDI-vedtak trukket fram som et avgjørende moment dersom barna er under en viss alder. I UDI ble både 12, 14 og 15 år ble nevnt som aldersterskler, hvor alder sammenholdt med at barna var alene begrunnet dispensasjon i enkelte saker.

Et annet moment som har betydning i de sakene hvor forholdet er trukket fram er herboendes behov for beskyttelse, kombinert med retten til familieliv. Dersom adgangen til å reetablere familieliv i hjemlandet er utelukket, taler dette for dispensasjon. Dette momentet ble trukket fram som et viktig moment i intervjuene, men ble bare trukket fram i et fåtall av sakene hvor det var aktuelt. Men i våre saker foretok forvaltningen ingen vurderinger av søkerens sikkerhetssituasjon, eller andre hindringer enn herboendes sikkerhetssituasjon for familielivet i hjemlandet.

En del momenter, som en individuelt dårlig humanitær og sosial situasjon, at søkerne oppholder seg utenfor hjemlandet og helseproblemer synes å ha mindre selvstendig betydning enn de ovennevnte momentene. De kan derimot komme inn som tilleggsmomenter som kan underbygge en dispensasjon. Når det gjelder det forhold at situasjonen for barna er vanskelig, kreves det at situasjonen for de aktuelle barnet er betydelig verre enn gjennomsnittet der de oppholder seg for at det skal ha nevneverdig betydning i skjønnsvurderingen.

Andre momenter synes å ha minimal betydning. Dette gjelder der det foreligger en generelt dårlig humanitærsituasjon eller vanskelig sikkerhetssituasjon for søkeren. Når det gjelder retten til familieliv, synes fokuset å være på herboendes rettigheter, og ikke søkerens rett til familieliv.

Momentet om hvorvidt herboende snart får bosettingstillatelse har motstridende og uklar betydning. Det var i våre funn uenighet om man kunne ta hensyn til momentet, og konsekvensene av dette.

Når det gjelder barnets beste og barnekonvensjonen, som ifølge lovgiver krever ”at et barneperspektiv skal gjennomsyre alle beslutninger som fattes og har betydning for barn”¹²⁹, så vi lite til det i vedtakene. Dette sjøl om alle vedtakene omhandlet barn. Når barnekonvensjonen var nevnt var det i stor grad overflatiske henvisninger hvor de konkrete forhold ikke var prøvet opp mot standarden barnets beste. Når det var nevnt var det også for å påpeke at innvandringspolitiske hensyn kunne veie tyngre enn barnets beste.

Barnets beste behandles imidlertid ikke isolert, men kommer i betraktning i vurderingen av flere momenter. Allikevel er det i flere momenter slik at det ikke legges til grunn et barneperspektiv, og at det er mer fokus på herboendes situasjon enn barnets, som for eksempel ved vurderingen av den sikkerhetsmessige situasjonen i hjemlandet og retten til familieliv.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 75 s. 53

Det synes som om terskelen for å få dispensasjon på grunnlag av særlig sterke menneskelige hensyn er betydelig høyere for de som omfattes av personkrets som kan innvilges familiegjengenforening på grunnlag av uf. § 24, jf. ul. § 8 annet ledd, enn for de nærmeste familiemedlemmer etter uf. § 23, jf. ul. § 9.

I både vedtakene og i intervjuene ble det understreket at skjønnevurderingen var en konkret helhetsvurdering. Det kan også være vanskelig å vurdere hvorvidt denne ”helhetsvurderingen” foretas likt, og om alle relevante hensyn blir ivaretatt i alle saker. ”Helhetsvurderingen” kan lett bli en frase man kan gjemme seg bak, og man slipper å være konkret. Ingen saker i utlendingsforvaltningen er like, men vi vil påpeke at situasjonen for barna ikke nødvendigvis skilte seg ut i en slik grad at det var opplagt hvilke som ble dispensert. Vårt inntrykk er at langt på vei tilsvarende forhold gjorde seg gjeldende i en rekke saker. Momenter som ble trukket fram som viktige i enkelte saker, ble overhodet ikke trukket fram i andre saker hvor de også gjorde seg gjeldende. Det synes som om saksbehandler i en del saker langt på vei kunne ha underbygget dispensasjon av underholdskravet uten at dette ble gjort. I stedet ble de konkrete forholdene i saken ofte ikke en gang nevnt, og avslaget begrunnet med en standardformulering.¹³⁰

¹³⁰ Om likebehandling og begrunnelse i neste kapittel

7 SAKSBEHANDLING OG FORVALTNINGSRETT

7.1 Innledning

Utlendingsforvaltningen, bestående av både UDI og UNE, samt politistasjoner og ambassader, er forvaltningsorganer bundet av forvaltningslovens regler dersom annet ikke er bestemt, jf. ul. § 32. I ul. kap. 6 er det en del særskilte saksbehandlingsregler for utlendingsforvaltningen, særlig for UNE som et uavhengig og ”domstolsliknende” forvaltningsorgan. Men når det gjelder de forhold vi skal belyse i dette kapittelet, er det i hovedsak forvaltningslovens bestemmelser som gjelder.

Et grunnleggende krav i forvaltningsretten er prinsippet om forsvarlig saksbehandling, og dette får utslag i form av både skrevne saksbehandlingsregler og ulovfestede normer for god forvaltningsskikk.

I utlendingsforvaltningen avgjøres saker med store konsekvenser for menneskers liv. Ved søknad om familiegjengenforening har hvert eneste vedtak stor velferdsmessig betydning for både for søkeren og søkerens familie. Når forvaltningen avgjør saker av så stor betydning for søkerne, øker også de kravene som stilles til en forsvarlig saksbehandling.

Vi skal vurdere om forvaltningens begrunnelsesplikt og undersøkelsesplikt, samt kravet om likebehandling, er ivarettatt i sakene vi har gått igjennom.

Avslutningsvis har vi en drøftelse av om forvaltningens subsumsjon ved vurderingen av særlig sterke menneskelige hensyn er et fritt forvaltningsskjønn.

7.2 Likebehandling

7.2.1 Innledning

Likhetsprinsippet er et grunnleggende prinsipp på forvaltningsrettens område: Like saker skal som utgangspunkt behandles likt. Innenfor forvaltningsområder hvor forvaltningen er gitt vide fullmakter og utfallet i enkeltsaker er underlagt forvaltningens skjønn, er likebehandling en særlig utfordring. Utlendingsloven er i stor grad en fullmaktslov, og utlendingsforvaltningen driver skjønnsutøvelse i mange enkeltsaker. I tillegg er utlendingsforvaltningen et stort forvaltningssystem med mange ansatte og en stor mengde saker.

Urimelig forskjellsbehandling kan oppstå sjøl om forvaltningen i alle saker holder seg innenfor rammene kompetansen setter. For eksempel kan det at det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn medføre at en tillatelse både innvilges eller avslås, da forvaltningen fortsatt står fritt til å vurdere virkningen særlig sterke menneskelige hensyn (kan-skjønn). En avgjørelse kan dermed *isolert* sett være gyldig, men bli ugyldig fordi det finnes en eller flere tilsvarende saker med motsatt utfall, uten at det foreligger en saklig grunn for forskjellsbehandlingen. Derimot kan forskjellsbehandling av svært like saker godtas dersom det foreligger saklig grunn, det kan for eksempel være at lovens formål tilsier det, eller det tas sikte på å endre praksis¹³¹.

Innenfor vår problemstilling kan for eksempel innvandringspolitiske hensyn, hjemlet i lovens formålsparagraf, utgjøre en saklig grunn til forskjellsbehandling av relativt like saker. Man kan for eksempel tenke seg at det ikke dispenserer for underholdskravet for en tiåring i Somalia, men for en tiåring i tilsvarende situasjon i Malawi. Dette begrunnes med at vi har en stor og voksende innvandrerbefolkning fra Somalia, med stort potensial for familieinnvandring. Dersom man dispenserer for underholdskravet for somaliske barn i en

¹³¹ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, 2006, s. 383

vanskelig situasjon, kan dette medføre at man er nødt til å dispensere i mange tilsvarende saker fra Somalia. Vi har derimot få innvandrere fra Malawi, så familieinnvandringspotensialet herfra er lite. At man er fra ulike land kan dermed utgjøre et saklig argument knyttet til lovens formål for å forskjellsbehandle ellers like saker.

Men det er også slik at sjøl om det foreligger saklige og relevante grunner til å gjøre forskjell, kan det være at disse grunnene ikke er tungtveiende nok til å begrunne forskjellsbehandlingen.

Vi vil her først se om det er likebehandling vedrørende utøvelse av skjønnet, deretter om det er likebehandling ved vurderingen av behandlingsform i UNE.

7.2.2 Sikres likebehandling av forvaltningsskjønnet i uf. § 25 tredje ledd tredje punktum?

Hos UNE har det tidligere vært dokumentert forskjellsbehandling. I mars 2003 leverte konsulentfirmaet rhKnoff sin rapport ”Evaluering av Utlendingsnemnda”, og forskjellsbehandling trekkes fram som et problem. På side 79 i rapporten skrives det:

”De mest kritiske røstene finner vi i UDI. Her er det en utbredt oppfatning at klagesaker får ulikt utfall selv om både faktum og det rettslige er så godt som identisk, og selv om klagene er avgjort svært nær i tid. Det henvises til eksempler på slike avgjørelser fra både asylområdet og andre områder, i et omfang av flere saker i måneden. Det fremholdes videre at saker UDI betrakter som utvilsomme blir omgjort, mens avslag UDI var i atskillig tvil om, blir opprettholdt. Avvikene i avgjørelser er ifølge de UDI-ansatte særlig store i saker som behandles i nemndmøter. At dette kan skje, er det i og for seg en viss forståelse for i UDI. Det fremholdes imidlertid at avgjørelser kan variere også når samme type sak behandles av ulike nemndledere. Det hevdes videre at nemndledere og -møter ikke bare fortolker faktum ulikt i tilnærmet identiske saker, men at nemndledernes lovforståelse varierer. Det siste oppleves som svært problematisk, særlig fordi det ikke finnes kanaler for avklarende dialog mellom UDI og UNE om hva avgjørelsene innebærer.”

På side 149 i rhKnoffs rapport skrives det:

”Også innenfor UNE erkjennes det at praksis varierer. Faktisk sier ingen av nemndlederne seg «helt enig» i utsagnet «UNE opptrer konsistent». Bare to av femten sier seg «delvis enige» i utsagnet – mens fem av femten mener det motsatte. I gruppeintervju gir saksbehandlerne uttrykk for at nemndlederne generelt er mer liberale enn det saksbehandlerne er. Noen mener avgjørelsene varierer merkbart fra nemndleder til nemndleder, mens andre erklærer at de ikke har observert noen systematiske forskjeller mellom nemndlederne imellom. Fra seksjonssjefene bemerkes det at etter hvert er blitt mer samsvar mellom de enkelte nemndlederes praksis, og at det først og fremst er avgjørelser i nemndmøter som fortsatt spriker. Ifølge spørreundersøkelsen mener et klart flertall av nemndlederne – åttifem prosent – at legmannsinnslaget øker risikoen for forskjellsbehandling. Ingen av nemndlederne sier seg helt uenige i utsagnet «legmannsinnslaget styrker søkeres rettssikkerhet». Andelen som gir utsagnet sin fulle tilslutning, ligger imidlertid i underkant av femten prosent. I UNEs sekretariat betegnes legelementet som det svakeste leddet i ordningen, ettersom risikoen for forskjellsbehandling øker når legfolk er involvert. At legmedlemmene er generøse overfor enkelte søkere, er urimelig for dem som får opprettholdt avslaget. I noen tilfelle føler legmedlemmer seg øyensynlig ubundet av lovverket. Det vanligste er imidlertid at legmedlemmene er mer tilbøyelige til å la tvilen komme klageren til gode.”

På side 150 trekkes det fram at familiegjenforeningssaker er et område hvor det særlig forekommer forskjellsbehandling, uten at det framkommer hva som er problematisk:

”Risikoen for forskjellsbehandling ser ut til å variere med sakstyper. Familiegjenforening nevnes som et område der nemndlederne har hatt vanskelig for å enes.”

Denne evalueringsrapporten er skrevet i 2003, da UNE hadde fungert i drøyt tre år. Det er grunn til å tro at svakhetene er forsøkt forbedret i etterkant. Vårt saksutvalg består av saker hvor vedtak er fattet to og tre år etter denne rapporten.

UNE har utfordringer knyttet til at organet ble opprettet i 2000, og at lekfolkelementet er en faktor som ser ut til å øke faren for forskjellsbehandling. Men UNE har langt færre saker enn UDI, og alle saksbehandlere som driver med familiegjennforening er samlet på en oppholdsavdeling. UDIs utfordringer for å sikre lik skjønnsutøvelse er den store saksmengden, mange saksbehandlere og at saksbehandlingen er fordelt på tre familiegjennforeningsenheter.

7.2.3 Våre funn

Vi spurte saksbehandlere både i UDI og UNE hvordan utlendingsmyndighetene samordnet praksis med hensyn til særlig sterke menneskelige hensyn.

I UDI forklarte saksbehandlere at hver familiegjennforeningsenhet har en fagkoordinator, og at det er en praksisgruppe som går på tvers av familiegjennforeningsenhetene bestående av saksbehandlere og fagkoordinator fra alle enhetene. I UDI eskaleres saker hvor det knytter seg tvil til skjønnsvurderingen til et høyere nivå. Enkelte saksbehandlere påpekte at saker etter uf. § 25 tredje ledd tredje punktum alltid ble eskalert dersom man vurderte dispensasjon som aktuelt. En saksbehandler sa det ikke var aktuelt å dispensere uten å ha diskutert saken med noen andre.

I UNE svarte en saksbehandler:

”Vi har oppnevnt en fagansvarlig innenfor dette fagområdet som har som ansvar å gå gjennom alle vedtak som fattes, samle disse i permer og videre skrive praksisnotater ved behov.

Hvis jeg er i tvil undersøker jeg tidligere praksis ved å gå gjennom permene våre, sjekker ”O2-basen” som er seksjonens egne database som bl.a. inneholder praksisnotater. Videre

er det mulig å konferere med en annen saksbehandler, fagansvarlig, nemndleder eller seksjonssjef.”

Intervjuobjektet ble spurt om hvordan uenighet mellom saksbehandler og fagansvarlig løses, og svarer følgende:

”Jeg skriver alltid en påtegning på mine utkast til vedtak, videre vil en fagansvarlig skrive sine kommentarer på det samme utkastet, slik at det fremgår skriftlig om vi er enige i vurderingen av en sak. Blir saken behandlet i sekretariatet kan seksjonssjefen overprøve utkastet til vedtak og hvis saken behandles av nemndleder står også nemndleder fritt i å overprøve sekretariatets vurdering.”

Nemndlederne vi snakket med påpekte at det er mye kommunikasjon mellom nemndlederne, og at dette medførte en samordning på nemndledernivå, riktignok på en nokså uformell måte.

I en uformell samtale med en saksbehandler i UNE, ble vi fortalt at i en familiegjenforeningssak mente fagsjef på oppholdsavdelingen at saken var et klart avslag. Fagsjefen mente det ikke forelå særlig sterke menneskelige hensyn som grunnlag for dispensasjon fra underholdskravet. Nemndleder var uenig i at dette var åpenbart, og valgte å ta saken til nemndmøte hvor det enstemmig ble dispensert fra underholdskravet. Saksbehandler mente det var et eksempel på at det kunne være ulike vurderinger hos den enkelte saksbehandler og nemndleder, både når det gjaldt utfall i saken og behandlingsform.¹³² Dette er i samsvar med funnene i rhKnoff-rapporten, og viser at utfordringene knyttet til likebehandling fortsatt er en meget aktuell problemstilling.

Vi vil så vurdere om vi mener vår gjennomgang av vedtak med saksdokumenter tilsier at det forekommer forskjellsbehandling ved utøvelse av skjønnets ”særlig sterke menneskelige hensyn”.

¹³² Om forskjellsbehandling av behandlingsform i neste punkt

Det må påpekes at ingen saker i utlendingsforvaltningen er helt like, men de kan være sammenliknbare. Som vi har gått igjennom i forrige kapittel er det en rekke momenter som går igjen i helhetsvurderingen, og i hver enkelt sak vil momentene tale for eller imot med ulik tyngde, avhengig av de individuelle omstendigheter. Det kan derfor være vanskelig å påpeke om det forekommer forskjellsbehandling.

Det er flere eksempler på at det er forskjell i vektlegging av relevante momenter, eller om relevante momenter i det hele tatt tas i betraktning. Dersom relevante momenter ikke tas i betraktning kan det også være at et vedtak kan være ugyldig på grunn av vilkårlighet?, og ikke på grunn av forskjellsbehandling.

Noen saker gir et inntrykk av at dersom saksbehandler ønsker å dispensere, kan man i mange saker finne gode nok argumenter og framheve disse i vedtaket. I to saker var hovedargumentene for dispensasjon at moren hadde oppholdstillatelse av beskyttelsesbehov, og at barna var 11 og 13 år gamle uten andre omsorgspersoner. Denne situasjonen skiller seg ikke vesentlig fra andre saker i vårt utvalg.

To saker omhandlet begge søskenflokker på flukt i tredjeland, og barna var i en svært vanskelig situasjon der de var. I den ene saken mente nemndleder at forholdene ikke talte for dispensasjon, i den siste saken tillegges de vanskelige humanitære forholdene for barna i denne situasjonen betydelig vekt i helhetsvurderingen. I saken hvor det ble gitt dispensasjon var barna yngre, men likevel virker det som sammenliknbare forhold vurderes ulikt av ulike saksbehandlere.

Det er enkelte momenter som påpekes som relevante i intervjuene, men som i liten grad trekkes fram i faktiske vurderingene i vedtaket. De kan imidlertid ha hatt en mer sentral plass i saksbehandlers vurdering enn det som framkommer av vedtakene og øvrige saksdokumenter. Men i de tilfellene de trekkes fram gjøres de ofte sentrale i vurderingen, og tillegges betydelig vekt. Et særlig eksempel på dette er momentet om sikkerhetsmessig

situasjon i hjemlandet, hvor herboendes oppholdsgrunnlag i enkelte saker kunne få stor betydning og være avgjørende for sakens utfall. Sjøl om herboende hadde asyl eller subsidiær beskyttelse i over halvparten av sakene vi gikk igjennom, ble dette momentet likevel bare vurdert i et fåtall av sakene. Det er vanskelig å se noen saklig grunn til at momentet er trukket fram og vektlagt i noen saker og ikke i andre, og det kan tyde på forskjellsbehandling at relevante momenter ikke trekkes fram i alle begrunnelsene. Sjøl om et moment har vært vurdert i saksbehandlingen uten å komme fram i vedtakets begrunnelse, kan det tenkes at vedtaket underkjennes fordi det kan være grunnlag for å tvile på om alle momenter i saken er vurdert. Se Rt. 1981 s. 745 (Isenedommen) og mer om begrunnelser i punkt 7.4.

Et annet eksempel som framhever ulike vurderinger er saksbehandlernes uenighet om hvorvidt det at herboende snart får har bosettingstillatelse er et argument som taler for eller imot dispensasjon. Denne uenigheten framkom både i vedtak og i intervjuer. Noen vektla dette til fordel for dispensasjon, andre vektla det imot. Nå er imidlertid ikke dette momentet av sentral eller avgjørende betydning, og en slik forskjellsbehandling har trolig ikke konsekvenser for konklusjonen.

Når det gjelder alder som moment, forekommer etter vårt syn også forskjellsbehandling, og det i en slik grad at det kan være grunnlag for at enkelte vedtak bør anses som ugyldige. Dette er et moment som ifølge intervjuer blant saksbehandlerne i UDI kunne være et avgjørende moment. I UDI ble det operert med ulike veiledende ”aldersgrenser” (12, 14 og 15 år). Dersom momentet er så avgjørende som saksbehandlere gav uttrykk for, er det grunn til å frykte at dette medfører forskjellsbehandling som har konsekvenser for vedtakets resultat.

Vi går nærmere gjennom aldersmomentet i forrige kapittel, men nevner her også noen eksempler:

- Tre somaliske søsken på 5, 6 og 7 år søker familiegjennforening med sin mor, og i vedtaket er deres alder oppgitt som viktig moment for å dispensere:

”Det er gitt unntak fra kravet om underhold da søker er barn under 14 år uten nær omsorgsperson i hjemlandet.”

- En sak med to somaliske barn på 3 og 6 år som søkte familiegjennforening med mor, ble det i innvilgelsen fra UDI vist til at dispensasjonen ble gitt fordi *”søker er barn under 12 år uten omsorgsperson i hjemlandet.”*

Noen saksbehandlere i UDI gav uttrykk for at UDI praktiserte at barn under 15 år uten omsorgspersoner fikk dispensasjon fra underholdskravet.

7.3 Likebehandling ved valg av behandlingsform i UNE

Det er grunn til å vurdere om det forekommer ulik praktisering av saksbehandlingsform hos UNE. Behandlingsformen i UNE følger ikke forvaltningsloven, men ul. § 38 b.

Et hovedfunn i rhKnoff-rapporten var at det forekom ulike vurderinger mellom nemndledere om hva som skulle til for at en sak ble tatt til nemndmøte. På side 12 skrives det:

”Selv om enkelte nemndledere kan være mer liberale enn andre i valg av behandlingsform, har vi ikke grunn til å tro at saker som burde vært behandlet i nemndmøter, avgjøres på lavere nivå.”

I rapporten ser man det slik at forskjellsbehandlingen medfører at flere saker enn loven stiller krav om går til nemndmøte. Det betyr at sammenliknbare saker som vurderes av en mer restriktiv nemndleder ikke kommer til nemndmøte, men uten at dette er brudd på lovens krav. Ul. § 38 c tredje ledd sier at saker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål *kan* avgjøres av nemndleder alene. Det er naturlig å forstå det slik at sjøl om nemndleder sjøl har kompetanse til å avgjøre saker med en viss tvil, så kan han/hun velge likevel å gi saken nemndmøtebehandling.

Ulik prosessuell behandling behøver ikke å medføre at utfallet av sakene blir forskjellig. Det er heller ikke gitt at det alltid er nemndmøtet som innvilger, og nemndleder alene som avslår. Men i og med at nemndmøtet har en høyere innvilgelsesprosent enn avgjørelser som fattes av nemndleder alene, kan det være grunn til å tro at saken har større sjanse til å bli innvilget i nemndmøtet. Samtidig henger en høyere innvilgelsesprosent sammen med lovens vilkår for nemndmøtebehandling, nemlig at det foreligger vesentlig tvil. Men hensikten med nemndmøtebehandling at det skal være en grundigere behandlingsform i tvilsomme saker til fordel for klagerens rettssikkerhet, og ved personlig frammøte får også klageren (eventuelt herboende i familieegjenforeningssaker) adgang til å uttale seg. Når det

gjelder dispensasjon for underholdskravet for barnefamilier som søker familiejenforening, er det grunn til å tro at nemndmøtebehandling kan slå positivt ut.

Dersom valg av behandlingsform medfører usaklig forskjellsbehandling eller et resultat som ikke er innenfor loven, kan dette medføre ugyldighet.

7.4 Begrunnelsesplikten

7.4.1 Innledning

Begrunnelsen for vedtaket er særlig viktig i utlendingssaker. Dette er saker av stor velferdsmessig betydning for søker og andre involverte. I dette kapittelet skal vi se på hvilke krav som stilles til begrunnelse etter forvaltningslovens regler, og sammenholde det med våre funn i vårt saksutvalg.

7.4.2 Om regelverket

Krav til begrunnelse for enkeltvedtak finnes hovedsakelig i forvaltningsloven. I følge ul. § 32 gjelder forvaltningsloven når ikke annet følger av utlendingsloven. Vedtak som omhandler oppholdstillatelser i familiegjennforeningsøyemed dreier seg om rettigheter for enkeltpersoner og å anse som enkeltvedtak, jf. fvl. § 2.¹³³

I følge fvl. § 24 første ledd skal forvaltningsorganet grunngi vedtaket, og denne begrunnelsen skal komme ”samtidig med at vedtak treffes”. Reglene om samtidig begrunnelse er hovedregelen i vedtak om oppholdstillatelser fattet av utlendingsforvaltningen. Et unntak fra denne hovedregelen om samtidig begrunnelse finnes i fvl. § 24 annet ledd som åpner for at forvaltningsorganet ikke trenger å begrunne vedtaket sitt i ”andre saker enn klagesaker” ”dersom det innvilger en søknad og det ikke er grunn til å tro at noen part vil være misfornøyd med vedtaket”¹³⁴. Et barn som søker om familiegjennforening med sine omsorgspersoner vil neppe være misfornøyd med innvilgelsen, noe som taler for at en innvilgelse av vedtak etter utlendingsloven ikke trenger å begrunnes. Imidlertid kan det finnes hensyn i utlendingsretten som likevel taler

¹³³ Vandvik m.fl. Op.cit. side 60 punkt 2.3.

¹³⁴ I følge fvl § 24 annet ledd tredje punktum kan likevel en part kreve å få en begrunnelse ved innvilgelse.

for at man bør begrunne vedtakene også ved innvilgelse¹³⁵. En rett til begrunnelse er uansett ivarettatt etter fvl. § 24 annet ledd tredje punktum som fastslår at en part kan kreve begrunnelse etter at vedtaket er truffet. Siden en innvilgelse i de fleste tilfellene vil være til gunst for en søker, er ikke hensynet til samtidig begrunnelse så sterkt.

Verdt å merke seg er også at UNE ikke er unntatt fra begrunnelsesplikt ved innvilgelsessaker fordi klagesaker uansett skal begrunnes, jf. fvl. § 24 annet ledd. Dette skal vi se nærmere på nedenfor.

I uf. § 139 er det egne krav for vedtak fattet av UNE i nemndmøte. I følge uf. § 139 femte ledd skal det ”framgå av vedtaket hvem som har deltatt i behandlingen av saken. Vedtaket skal inneholde en framstilling av saksforholdet og en begrunnelse for resultatet”.

Det stilles ikke i ul vilkår eller krav til innholdet i begrunnelsen, og siden forvaltningslovens regler gjelder på det utlendingsrettslige området når ikke annet er bestemt jamfør ul. § 32, stilles de samme krav for begrunnelse for vedtak fattet i nemndmøte som for andre vedtak fattet av utlendingsforvaltningen etter fvl. § 25.

Fvl. § 25 stiller tre hovedkrav til begrunnelsens innhold. I fvl. § 25 første ledd stilles det krav til begrunnelsen om at den skal vise ”til de regler vedtaket bygger på, med mindre parten kjenner til reglene.” Reglene for oppholdstillatelse i familieforeningsøyemed kan være kompliserte å sette seg inn i, da de fleste materielle regler går fram av forskriften. Man kan ikke forvente at søkerne kjenner til regelverket, og begrunnelsen i disse sakene bør inneholde en henvisning til bestemmelsene både i lov og forskrift.

Det stilles også krav til begrunnelsen at ”de faktiske forhold som vedtaket bygger på” nevnes, jf. fvl. § 25 annet ledd. Her er det i følge fvl. § 25 annet ledd annet punktum, nok med en henvisning til faktumbeskrivelsen til søkerens/klagerens framstilling eller tidligere vedtak dersom faktum ikke har endret seg på vedtakstidspunktet.

¹³⁵ Se også ”Utlendingsrett”, 2004, Vandvik m.fl side 61 punkt 2.3.2.

Til slutt stilles det egne krav til begrunnelse dersom avgjørelsen er hjemlet i en skjønnsbestemmelse. I følge fvl. § 25 tredje ledd bør "[d]e hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn", nevnes. Av fvl. § 25 tredje ledd annet punktum, går det fram at dersom det finnes "retningslinjer for skjønnsutøvingen, vil i alminnelighet en henvisning til retningslinjene være tilstrekkelig.". Når det gjelder problemstillingen om barn som er igjen alene uten omsorgspersoner og vurderingen av unntaksbestemmelsen "særlig sterke menneskelige hensyn", foreligger det ikke, etter det vi har fått oppgitt, skrevne retningslinjer verken hos UDI eller UNE. Imidlertid viser også interne retningslinjer til "uskrevne retningslinjer som er dannet seg gjennom praksis"¹³⁶. I følge Eckhoff må *"innholdet i de retningslinjer som det henvises til, må angis. Det er ikke tilstrekkelig å vise til hvor de finnes trykt. Og hvis retningslinjene er svært generelle eller vage, bør man ikke nøye seg med å gjengi innholdet, men spesifisere de hensyn som har vært tillagt vekt"*¹³⁷. Dette vil vi komme tilbake til nedenfor under vurderinger.

I fvl. § 25 tredje ledd første punktum går det fram at hovedhensynene som har vært avgjørende ved utøvelsen av skjønn *bør* nevnes. Ut i fra lovens ordlyd ("bør") er en begrunnelse for skjønn et fravikelig krav. Det kan være adgang til å fravike en begrunnelse i unntakstilfellene¹³⁸. Et hensyn for å fravike begrunnelse er for eksempel at det kan være svært vanskelig å begrunne et skjønn¹³⁹. Dette burde ikke være tilfelle i søknader om familiegjenforening, da man har et stort antall slike saker hvert år, og hvilke vurderinger som ligger i skjønn burde være forholdsvis godt kjent for saksbehandlerne, og dermed også ganske enkelt å begrunne skriftlig. I tillegg har familiegjenforeningssaker en stor velferdsmessig og inngripende betydning for søkeren og de nære familiemedlemmene. Resultatet i vedtaket er bestemmende for hvilket land søkeren/klageren skal bo i og om hun/han får bo sammen med person(er) de anser som sin nærmeste familie. Ved å få en begrunnelse for avslaget vil det kunne være lettere for søkeren/klageren å forsone seg med vedtaket, samt å vite hva som mangler av

¹³⁶ Eckhoff og Smith op.cit. side 273

¹³⁷ l.c.

¹³⁸ l.c.

¹³⁹ l.c.

dokumentasjon og vurdere muligheten for å få endret vedtaket i en klageomgang¹⁴⁰. Det er også av betydning for det forvaltningsorgan som er klageorgan, samt for rettslig prøving av gyldigheten av vedtaket at det går fram hvilke hensyn som har blitt vektlagt. I ”Frihagens forvaltningsrett”¹⁴¹ sier forfatterne at ”bør” skal som klar hovedregel forstås som ”skal”, og Stortingets justiskomiteé uttalte i Innst. O nr 50 (1976-77) side 6 at ”hovedhensynene bak et skjønn som klar hovedregel skal nevnes.”¹⁴²

Kort oppsummert stilles det altså krav til begrunnelsen når det gjelder regler, faktum og hovedhensyn ved skjønnsutøvelsen.

Når det gjelder krav til begrunnelser for visumsøknader, har UDI et eget rundskriv hvor de har lagt vekt på at vedtaket skal vise hvilke faktiske omstendigheter og relevante forhold som er lagt til grunn og at begrunnelsen skal i ”*i tilstrekkelig grad viser hvilke momenter som er lagt til grunn for vurderingen av saken, og hvordan disse er avveid mot hverandre.*” Dette rundskrivet antyder hvilket nivå utlendingsforvaltningen legger på begrunnelsene, og sjøl om det konkret gjelder visumsøknader, kan det generelt si noe om hva som er en god og forsvarlig begrunnelse i disse sakene. I boka *Utlendingsrett*¹⁴³ tas det til orde for at kravene til begrunnelse i dette rundskrivet er et uttrykk for krav til begrunnelse generelt i utlendingssaker.

I den juridiske litteraturen¹⁴⁴ er det også gitt eksempler på andre momenter som ellers bør være med i vedtak fattet av utlendingsforvaltningen. Dette kan blant annet være krav til personalia, kryssreferanser til andre personers vedtak som kan ha sammenheng med søker/klager sitt vedtak (for eksempel der det fattes familiejenforeningsvedtak i øvrige familiemedlemmers saker) og informasjon om søker/klagers rettigheter og plikter, for eksempel informasjon om klagerett og retten til rettshjelp.

¹⁴⁰ ibid side 269

¹⁴¹ Bernt og Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett – bind I*, 2003, side 232

¹⁴² Et mindretall i justiskomiteen ville erstatte ”bør” med ”skal”.

¹⁴³ Vandvik m.fl. op.cit. side 62

¹⁴⁴ ibid side 63.

I rettspraksis har det blitt oppstilt et skjerpet krav til begrunnelse når vedtaket gjelder forhold av ”inngripende betydning” jf. Isenedommen.¹⁴⁵ Her uttaler Høyesterett at mangler ved begrunnelsen kan tyde på en svikt ved selve avgjørelsen. Det er dermed grunnlag for å tvile på om alle momenter i saken er vurdert, sjøl om saksbehandleren faktisk har vurdert dem.

7.4.3 Vedrørende begrunnelser i innvilgelsesvedtakene

Som nevnt ovenfor stilles det ikke krav om at innvilgelser hos UDI begrunnes. Imidlertid er alle innvilgelsene vi har gått igjennom begrunnet, om enn i en svært standardisert form. Følgende begrunnelse ble gitt for en innvilgelse der to somaliske barn på 3 og 6 år søkte om familiegjennforening med sin mor: *”Utlendingsdirektoratet gir oppholdstillatelse til søkeren i familiegjennforening med borger av Somalia, søkers mor (...).*

Tillatelsen gis i medhold av ul. § 9, jf. uf. § 22 første ledd, jf. § 23 første ledd bokstav e, jf. 25 annet ledd annet punktum. Det er gitt dispensasjon fra underhold da søker er barn under 12 år uten omsorgsperson i hjemlandet.

Det er lagt til grunn at herboende referanse har foreldreansvar alene da søkers far forsvunnet.”

Et annet eksempel er en sak hvor søker var ei 9 år gammel jente fra Somalia som ble innvilget familiegjennforening med sin mor, og UDI begrunnet vedtaket på følgende måte: *”Utlendingsdirektoratet gir oppholdstillatelse til søkeren i familiegjennforening med – (herboende).*

Tillatelsen gis i medhold av ul. § 9, jf. uf. § 22 første ledd, jf. § 23 første ledd bokstav e, jf. § 25 tredje ledd.”

¹⁴⁵ Graver mener derimot at Høyesterett i Isenedommen stiller krav til forholdsmessighetsvurderingen i skjønnsutøvelsen, i stedet for at den er et uttrykk for krav til begrunnelse, jf. Graver, *Forvaltningsprosessen*, 1996, side 76-77.

Det stilles likevel krav til at innvilgelser fattet av UNE siden dette er klagesaker jf. fvl. § 24 annet ledd. I saksutvalget vårt har vi 5 saker som ble innvilget av UNE. Fire av sakene gikk for nemndmøte, og en sak ble avgjort av nemndleder alene. Alle var godt begrunnet. Momenter som nemndleder trakk fram i begrunnelsen i saken, var blant annet at saken gjaldt et særkullsbarn som søkte ifølge med sin mor og sine halvsøsken. Disse hadde fått innvilgelse fordi de var unntatt fra underholdskravet siden herboende hadde bosettingstillatelse. I tillegg trakk man fram alder og at søkeren tidligere hadde bodd med stefaren.

7.4.4 Vedrørende begrunnelser i avslagsvedtakene, spesielt om standardbegrunnelser

7.4.4.1 Vise til regler

I alle vedtakene i vårt saksutvalg, både fra UDI og UNE, ble det vist til hvilke regler som utlendingsmyndighetene fattet beslutning på grunnlag av. Dette vilkåret til begrunnelse er dermed oppfylt i alle vedtak vi har analysert. Som vi kommer inn på nedenfor var det imidlertid enkelte vedtak hvor det ble vist til feil regler.

7.4.4.2 Nevne de faktiske forhold

I alle vedtakene i vårt saksutvalg, både fra UDI og UNE, ble det også faktiske forhold som var grunnlag for avgjørelsen nevnt i saken. I enkelte av vedtakene, ble dette gjort mer utførlig enn andre, men som nevnt ovenfor under gjennomgangen av regelverket, er det her nok med en henvisning til faktumbeskrivelsen til søkerens/klagerens framstilling eller tidligere vedtak dersom faktum ikke har endret seg på vedtakstidspunktet. Også dette vilkåret til begrunnelse er dermed oppfylt i alle vedtak vi har analysert. Imidlertid fantes det også her faktiske feil, som vi kommer nærmere inn på nedenfor.

7.4.4.3 Hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn, bør nevnes og standardbegrunnelser

Mange av vedtakene i utlendingsforvaltningen er preget av standardbegrunnelser og mangel på individuelle vurderinger. Når det gjelder skjønnsvurderinger og krav til begrunnelse, er det som nevnt ovenfor ikke nok å vise til de interne retningslinjene dersom disse er svært generelle eller vage. Da må man spesifisere de hensyn som har vært tillagt vekt for å oppfylle kravet til begrunnelse etter forvaltningsloven. Vi mener at vi har flere eksempler på at utlendingsmyndighetene bryter med dette prinsippet.

I en sak som omhandlet to barn kinesiske barn som søkte familiegjengenforening med sin far, begrunnet UNE avslaget sitt på følgende måte:

”[s]elv om underholdskravet ikke er oppfylt, kan det etter uf § 25 tredje ledd gjøres unntak fra underholdskravet når andre særlig sterke menneskelige hensyn tilsier det. Etter en helhetsvurdering er nemnda imidlertid kommet til at det ikke foreligger slike særlig sterke menneskelige hensyn, jf § 25 tredje ledd, som kan begrunne at det gjøres unntak fra hovedregelen. Nemnda viser til at det i henhold til gjeldende praksis skal svært tungtveiende grunner til før bestemmelsen kommer til anvendelse.”

Et annet eksempel på knapp begrunnelse er følgende avslag fra UNE i en sak som gjaldt to barn fra Liberia på 12 og 15 år som søkte familiegjengenforening med sin voksne bror:

”The Board has noted the arguments regarding the appellant’s situation. However, following an overall assessment, the Board has concluded that there are no such particularly strong humanitarian considerations, cf. section 25, third paragraph, that may give grounds to exceptions from the main rule. The Board points out that, according to current practice, application of the provision requires extremely weighty grounds.”

Også UDI har flere eksempler på knappe begrunnelser. For eksempel i en sak som dreier seg om tre barn på 10, 8 og 6 år fra Den demokratiske republikken Kongo, som søker familiegjening med sin bror, begrunner UDI sitt avslag med at:

”There are no strong humanitarian grounds which would justify granting an exemption from the subsistence requirement pursuant to the Immigration Regulations section 25 third paragraph, third sentence.”

Og i en annen sak som omhandler en 5 år gammel gutt fra Thailand som søker familiegjening med sin mor sier UDI at

”Det foreligger ikke sterke menneskelige hensyn som tilsier at det gjøres unntak for underholdskravet i henhold til utlendingsforskriften § 25 tredje ledd tredje punktum. Det vises til at muligheten for å dispensere fra underholdskravet er ment å være en snever unntaksregel.”

I 47 av vedtakene i vårt saksutvalg var vedtakene begrunnet med standardformuleringer, herav 33 i UNE og 14 vedtatt av UDI. Hos UNE utgjør dette ca 52 % av avslagene i vårt saksutvalg, og hos UDI tilsvarer dette 40 % av saksutvalget.

Dette er vedtak hvor det ikke er nevnt individuelle vurderinger i begrunnelsen. Vi har, etter vår mening, lagt lista lav for å vurdere om det er foretatt en individuell begrunnelse i vedtaket. Begrunnelsen nedenfor har vi for eksempel ikke sett på som standardvedtak, mens alle begrunnelsene nevnt over er fra vår side vurdert som standardvedtak.

”The Board has noted the arguments regarding the appellant’s situation in Addis Abeba and the fact that the reference might be granted a settlement permit in August this year. However, following an overall assessment, the Board has concluded that there are no such particularly strong humanitarian considerations...”

Et annet eksempel på et vedtak vi ikke har vurdert som standardfrase er begrunnet med følgende setning:

“The Board has noted that the appellants have lost both their parents. However, However, following an overall assessment, the Board has concluded that there are no such particularly strong humanitarian considerations..”

Som beskrevet ovenfor er det ikke nok å vise til de interne retningslinjene dersom disse er svært generelle eller vage. Utlendingsmyndighetene må spesifisere de hensyn som har vært tillagt vekt for å oppfylle kravet til begrunnelse etter forvaltningsloven. Vi mener på denne bakgrunn at det finnes flere eksempler i vårt saksutvalg, hvor utlendingsmyndighetene bryter med forvaltningslovens krav til begrunnelse. I flere av eksemplene våre på standardbegrunnelser har ikke utlendingsmyndighetene en gang vist til at de har merket seg søkerens anførsler, men sier bare at det ”i henhold til gjeldende praksis skal svært tungtveiende grunner til før bestemmelsen kommer til anvendelse.”

Utlendingsmyndighetene har her ikke gått inn og spesifisert hvilke tungtveiende grunner som skal til for at det kan anføres som et moment i en helhetsvurdering.

Som nevnt ovenfor har Høyesterett i Isenedommen oppstilt et skjerpet krav begrunnelse i vedtak som gjelder forhold av ”inngripende betydning”. I vårt saksutvalg er det flere eksempler på begrunnelser hvor det er vanskelig å vite om saksbehandleren har vurdert alle momentene fordi det ikke går fram av begrunnelsen. Som Høyesterett sa i Isenedommen, kan dette tyde på en svikt ved selve avgjørelsen.

Hensynet til barnets beste tilsier også at det bør gjelde et skjerpet krav til begrunnelse i avgjørelser som vedrører barn. Gjennom barnekonvensjonen har norske myndigheter forpliktet seg til at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle forvaltningsavgjørelser. Dette utgjør en sterk forpliktelse overfor barn, og hensynet til etterprøvbarhet i forhold til vurderingene som er foretatt i vedtakene tilsier at begrunnelsen bør være bedre enn standardbegrunnelsene som går igjen i vårt saksutvalg.

Førsteamanuensis Cecilia Bailliet påpeker i sin undersøkelse av norsk asylpraksis¹⁴⁶ at standardiserte begrunnelsen krenker rettigheten til individuell analyse:

”Det er mer enkelt og effektivt å klippe og lime fra konsepter enn å utforme individuelle begrunnelser. En slik praksis kan undergrave asylsøkerens rettssikkerhet i forhold til spørsmålet om og i hvilken utstrekning det er foretatt en individuell vurdering, når begrunnelsen er ferdig før anførslene er presentert. Mange av avgjørelsene har identisk ordlyd, slik at det kan være vanskelig å skille vurderingen i en sak fra en annen. I tillegg til dette gir bruken av standardsvar et galt inntrykk av at det ikke ligger noen vurdering bak vedkommende avgjørelse. Fordi hver asylsøker er et individuelt menneske med en bestemt historie, bør et offentlig vedtak innholde en vurdering av sakens unike forhold.

Bailliet satte også spørsmålstegn ved om begrunnelsene til vedtakene i UDI og UNE oppfylte forvaltningslovens krav til begrunnelse i et brev til utvalget som ble nedsatt for å se på ny utlendingslov. Dette brevet, samt utvalgets vurdering er drøftet i regjeringens forslag til ny utlendingslov¹⁴⁷. Her diskuteres det om det skal stilles spesielle krav til begrunnelser i utlendingsloven, utover det som allerede gjelder i forvaltningsloven. I brevet argumenterte hun for at storstilt bruk av standardbegrunnelser fører til at det ikke foretas en god nok individuell vurdering, noe som igjen fører til flere avslag. Dette gjaldt asylsaker, men vi mener at det har en overføringsverdi også i forhold til familiegjenforeningssaker. Utvalget mente at det skulle vises varsomhet ved bruk av standardiserte begrunnelser, men at det er forsvarlig dersom de er tilpasset forholdene i den enkelte sak, og falt ned på at man ikke skulle stille egne krav til begrunnelser i utlendingsloven.

¹⁴⁶ Bailliet, *Grensen mellom asyl og beskyttelse på humanitært grunnlag*, 2004, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 6/2004

¹⁴⁷ Ot prp nr 75 (2006-2007)

I rhKnoff med flere,¹⁴⁸ sin evaluering av UNE fra 2003, foretar de blant annet en vurdering av saksbehandlingen i UNE. De konkluderer derimot med at:

*”Begrunnelsene som gis for vedtakene kan fra tid til annen være litt knappe, men de langt fleste er ganske fyldige og gir et godt inntrykk av både skjønnsutøvingen og grunnlaget for denne.”*¹⁴⁹

Gjennomgangen av vårt saksutvalg viser som vist til ovenfor, med unntak av enkelte UNE-vedtak som har gått for nemnd, at begrunnelsene i vedtakene som gjelder barn er knappe og standardiserte.

7.4.4.4 Vedrørende ”godt nok-prinsippet”

Som en rettesnor for hvor mye arbeid som skal nedlegges i hver enkelt sak og i hvert enkelt vedtak, hadde vi hørt at utlendingsforvaltningen benyttet seg av prinsippet om at vedtakene og saksbehandlingen skulle være ”god nok”. I en av sakene vi gjennomgikk, så vi en henvisning til dette prinsippet i vedtaket.

I en av sakene som ble avgjort av UNE, er det i de interne merknadene til saksbehandlers utkast til vedtak, skrevet følgende av personen som har foretatt annenhåndsvurderingen:

”Enig i vurdering og konklusjon. Strengt tatt kunne du kortet dette ned og avslått pga underholdskravet, jf godt nok. Men når det er sagt var dette likevel et bra vedtak, mener jeg.”

Begrunnelsen i vedtaket var over tre nokså lange avsnitt. I det første avsnittet trakk saksbehandleren fram klagernes anførsler i forhold til helsesituasjonen for barna, samt at man hadde en forholdsvis grundig vurdering av omsorgssituasjonen for barna. Avgjørende

¹⁴⁸ rhKnoff i samarbeid med Agenda Utredning og Utvikling og Bernt, *Evaluering av Utlendingsnemnda – hovedrapport mars 2003. Til kommunal og regionaldepartementet*, 2003

¹⁴⁹ Se rhKnoffs m.fl.s rapport side 147

i saken var imidlertid at innvandringspolitiske hensyn talte imot en dispensering fra underholdskravet, og at det ikke ble ansett å være i strid med menneskerettslige forpliktelser.

Vi spurte også alle intervjuobjektene våre om det var slik at utlendingsforvaltningen brukte ”godt nok”-prinsippet, og i så fall, hva den enkelte saksbehandler la i dette prinsippet. Flere av intervjuobjektene var skeptiske til bruk av begrepet.

Ett av intervjuobjektene mente at i ”godt nok”-prinsippet lå det at saksbehandlerne ikke skulle bruke mer tid på saken enn det som er nødvendig for å foreta en tilstrekkelig og nødvendig saksbehandling. Ett av intervjuobjektene var svært kritisk til bruken av ”godt nok”-prinsippet. Vedkommende mente at ”godt nok” refererte til at man kan støtte seg til underdokumenter i saken, og at man ikke trengte å vise til så mye i begrunnelsen, og dette mente vedkommende ikke var holdbart. Intervjuobjektet mente at man skulle kunne ta stilling til saken ut ifra å lese om saksforholdet i vedtaket.

Det er klart at utlendingsforvaltningen må og bør ta hensyn til effektivitet i saksbehandlingen, når de vurderer hvor nøye de skal gå inn og foreta vurderinger i hver enkelt sak, og hvor nøye de skal begrunne vedtakene i hver enkelt sak. Men som vi har nevnt ovenfor i forhold til den forholdsvis hyppige bruken av standardbegrunnelser, som blir brukt i skjønnsvurderingen, håper vi ikke at dette er betegnende for hva saksbehandlerne legger i ”godt nok”-prinsippet. Som nevnt mener vi at flere av disse begrunnelsene ikke oppfyller forvaltningens krav til begrunnelse, og da regner vi med at disse begrunnelsene også strider mot ”godt nok”-prinsippet.

7.4.5 Begrunnelse og valg av behandlingsform hos UNE

Våre funn viser at sakene får en mer summarisk behandling på sekretariatsnivå, med mer bruk av standardbegrunnelser og få individuelle vurderinger som framkommer i vedtakene. Det var standardbegrunnelser i ca 2/3 av vedtakene etter uf. § 24, og 1/3 av vedtakene etter uf. § 23. Sakene som har gått for nemndmøte i vårt saksutvalg, har en gjennomgående mer

utfyllende begrunnelse for vedtaket enn begrunnelsen i vedtak som fattes av nemndleder alene eller sekretariatet.

7.4.6 Kort om begrunnelse og rettshjelp

Det er en tendens i vedtakene vi har analysert at det er litt bedre begrunnelser i vedtakene der det har vært en rettshjelper inne. Dette kan henge sammen med at en rettshjelper i mange tilfeller kan hjelpe søker med å systematisere og dokumentere anførslene på en bedre måte.

Det gjelder imidlertid ikke alle vedtakene. Det finnes også eksempler på vedtak med standardbegrunnelser. En forklaring på hvorfor det er en mer detaljert begrunnelse for enkelte av sakene, kan være at sakene har gått for nemnd i UNE. Begrunnelsene i saker som er behandlet i nemndmøte skal representerer hele nemndas syn og ofte er dermed disse begrunnelsene mer utfyllende. Det er derfor vanskelig å konkludere med at det at det har vært en rettshjelper inne skulle ha noe å si for utformingen av vedtaket. Det må også sies at vi har sett flere eksempler på rettshjelpere i vårt saksutvalg som ikke har gjort en veldig imponerende jobb. I noen saker kan det virke som rettshjelperen til og med har komplisert saken mer for søker, ved å være upresis i sin beskrivelse av faktum.

Ut ifra vår analyse av vedtakene, er det vanskelig å konkludere med at enkelte av sakene kunne fått et annet utfall dersom det ikke hadde vært rettshjelper inne. Det kan imidlertid tenkes at søkerne/klagerne uten rettshjelper i visse tilfeller ikke hadde fått dokumentert anførsler som har vært avgjørende for utfallet i saken, men å konkludere på dette ville vært spekulasjon fra vår side.

7.5 Utlendingsforvaltningens utredningsplikt

Utlendingsforvaltningens utredningsplikt er hjemlet i fvl. § 17 første ledd. Etter denne bestemmelsen skal forvaltningsorganet ”påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes”.

Det er imidlertid vanskelig å konkretisere hva som ligger i utredningsplikten når det gjelder familiegjenforeningssaker. Vi har ikke funnet rettspraksis hvor utlendingsmyndighetenes utredningsplikt har blitt vurdert, men det finnes flere avgjørelser som omhandler andre oppholdstillatelser innenfor utlendingsrettens område, som sier noe om hvor vidtrekkende utredningsplikten kan være. Man kan ikke forvente at vedkommende saksbehandler hos politiet eller ved ambassaden som tar i mot søknaden, skal gå igjennom alle momentene som kan spille inn i skønnsvurderingen særlig sterke menneskelige hensyn. Søkeren har også sjøl et ansvar for at alle relevante opplysninger kommer fram.

Dette ble understreket i en dom fra Borgarting lagmannsrett¹⁵⁰ hvor det ble påpekt at i ”vurderingen av hva som er « så godt som mulig » må det tas hensyn til at det er søkeren som søker om å få innvilget et gode, og derfor har all mulig oppfordring til å fremlegge opplysninger som taler til vedkommendes gunst.”

Videre viser retten til at utlendingsmyndighetene er masseforvaltere som treffer et meget stort antall avgjørelser, og at dette må tas hensyn til. De viste også til at UNE hadde ansatt en egen landrådgiver som skulle være à jour med utviklingen i området, og som har kontakt med internasjonale observatører. Til slutt konkluderes det med at ”kravene til utredningsplikt ut over de opplysninger den enkelte søker selv gir og de oppdaterte opplysninger myndighetene har om forholdene i Kosovo kan ikke settes spesielt høyt. Lagmannsretten finner etter dette at utredningsplikten er oppfylt.”

¹⁵⁰ LB-2003-1367

Det kan også anføres at kravene til forvaltningens utredningsplikt øker i saker som er av særlig stor velferdsmessig betydning for søker, slik som søknader om familiegjenforening vil være. I våre saker, hvor søkere er barn, bør det også stilles et ekstra strengt krav til utredningsplikten.

Dette ble også trukket fram i en sak fra Oslo tingrett, hvor UNEs vedtak ble kjent ugyldig på grunn av manglende utredning i forhold til barnas situasjon. Saken gjaldt et avslag på oppholdstillatelse grunnet særlig sterke menneskelige hensyn etter ul. § 8 annet ledd. I tingrettsdommen¹⁵¹ ble det uttalt at *”forvaltningens selvstendige undersøkelsesplikt forsterkes når det vedtak som skal treffes vil ha vidtrekkende betydning for barn, og der det lovbestemte vurderingstema er barnets beste”*.

I en dom fra Oslo tingrett¹⁵² vurderte retten at UNE ikke hadde overholdt utredningsplikten etter fvl. § 17. Saken gjaldt en afghaner som hadde fått avslag på søknad om asyl. Retten fastslo at omgjøringsbegjæringen ble ansett ugyldig på grunn av mangelfull saksbehandling idet søkerens risiko for straff ved tilbakesending ikke var så godt avklart som reelt mulig. I dommen uttales at den påberopte dokumentasjonen om at klageren vil bli utsatt for straff ved tilbakesending til Afghanistan er så konkret *”at Utlendingsnemnda for å tilfredsstille forvaltningsloven § 17 om at en sak skal være «så godt opplyst som mulig», skulle ha ventet med beslutningen til det forelå nærmere avklaring med hensyn til ektheten av den påberopte dokumentasjonen og om det hadde skjedd et drap. Dette særlig fordi det på beslutningstidspunktet var etablert en verifikasjonsordning i Afghanistan som nemnda måtte anta kunne skaffe relevant tilleggsinformasjon.”*

Dommen understreker at økonomiske hensyn og tidsfaktoren er vurderingsmomenter for hvor grundige undersøkelser forvaltningen skal foreta¹⁵³. Dersom utlendingsforvaltningen skulle skaffe seg sikkerhet om alle relevante fakta i alle saker, ville dette fått urimelige konsekvenser for saksbehandlingstiden, samt vært svært ressurskrevende for forvaltningen.

¹⁵¹ TOSLO-2004-8089

¹⁵² TOSLO-2007-93028

¹⁵³ Eckhoff /Smith op cit side 249 flg

Hvor aktiv forvaltningen skal være i forhold til sine undersøkelser, kan også avhenge av hvor mye man kan forvente av søkeren sjøl¹⁵⁴. Mer ressurssterke søkere trenger mindre veiledning enn søkere med færre ressurser. Også det at søker representeres av en advokat kan tale for at en omstendelig veiledning fra utlendingsmyndighetenes side er unødvendig.

Gjennom intervjuene og gjennomgangen av sakene i vårt saksutvalg, er det vanskelig for oss å gjøre oss en mening om hvordan utredningsplikten ble overholdt overfor søkeren ved levering av søknaden. Men siden vi har hatt tilgang til alle saksdokumentene som har vært avgjørende for vedtak i saken, kan vi si noe om hvordan utrednings- og opplysningsplikten blir overholdt under søknads- og klageprosessen. Ikke i noen av de sakene vi analyserte, lå det dokumentasjon på at saksbehandleren hadde innhentet eller bedt om opplysninger som kunne ha betydning for dispensasjonsvurderingen. I enkelte saker hadde saksbehandleren etterspurt og innhentet opplysninger i forhold til herboendes underholdsevne, men ikke hva gjaldt anførsler i forhold til særlige sterke menneskelige hensyn-vurderingen.

Som vi har vært inne på tidligere er dokumentasjon på dårlig helse for både herboende, søker eller personen(e) barnet oppholder seg sammen med i hjemlandet/oppholdslandet et viktig moment i vurderingen av om det skal dispenseres fra underholdskravet. I flere av sakene i vårt saksutvalg, var det anført helseproblemer for en eller flere av de berørte personer. Utlendingsforvaltningen hadde likevel ikke av eget initiativ bedt om dokumentasjon på dette. Vi mener at dette enkelt kunne latt seg gjøre ved å sende en forespørsel til søker. Dette vil ikke være særlig tidkrevende for saksbehandleren. Dette gjelder spesielt for de sakene hvor det ikke er en rettshjelper som bistår søker/klager. Vi så en tendens i vårt saksutvalg til at i de sakene hvor det var en rettshjelper som bistod, forelå det i større grad dokumentasjon på helseanførselene. Som tidligere nevnt kan det at det er en rettshjelper som bistår i saken føre til at det stilles mindre krav til veiledningen og utredningen fra utlendingsmyndighetenes side. Motsatt bør det da gjelde et strengere krav til utredning i de saker hvor det ikke er en rettshjelper som bistår partene.

¹⁵⁴ Eckhoff /Smith op cit side 249 flg

Enkelte av saksbehandlerne vi snakket med nevnte at de hadde muligheten til å innhente opplysninger for eksempel av barnefaglig art. Flere av saksbehandlerne vi snakket med sa at de aldri hadde innhentet opplysninger av eget initiativ.

I mange av sakene i vårt saksutvalg, ble det ikke dispensert fra underholdskravet fordi utlendingsmyndighetene mente at det ikke var godtgjort at barnet var uten omsorgspersoner. Vi stiller oss kritisk til hvilke vurderinger og dokumentasjon som lå bak flere av disse vurderingene. I enkelte saker var det nok til ikke å dispensere, at den ene av foreldrene til barnet bodde i samme land som barnet, sjøl om de aldri hadde hatt kontakt tidligere. I andre saker viste utlendingsmyndighetene til at barnet hadde flere personer fra samme land og hjemland i område hvor barnet oppholdt seg, slik at omsorgssituasjonen var tilfredsstillende. Hvilket grunnlag utlendingsmyndighetene hadde for å konkludere på denne måten, går verken fram av vedtaket eller de øvrige saksdokumentene.

Vi mener ikke at utlendingsmyndighetene skal foreta reiser til stedet barnet oppholder seg, men vi mener at det bør oppstilles et minstekrav i forhold til hvilke argumenter utlendingsforvaltningen bruker for å ikke dispensere for underholdskravet. De kunne for eksempel bedt om en uttalelse fra den norske ambassaden i området i forhold til hvor vanlig det er at barn uten omsorgspersoner blir tatt hånd om av personer fra samme klan¹⁵⁵, og hva som særlig gjelder for barna i det området de oppholder seg. Det kan i mange tilfeller også holde at utlendingsforvaltningen sjøl ber om dokumentasjon på at omsorgssituasjonen for barnet ikke er tilfredsstillende. For personer som ikke er vant til det norske systemet og hvordan man skal orientere seg i forhold til praksis, bør det stilles et strengere krav til forvaltningens utredningsplikt.

¹⁵⁵ Dette er et argument som ofte benyttes av utlendingsmyndighetene vedrørende barn fra f.eks. Somalia.

7.6 Fritt forvaltningsskjønn

Utgangspunktet i norsk forvaltningsrett er at domstolene fullt ut kan prøve forvaltningens lovanvendelse, både om loven er korrekt tolket og om den er brukt riktig på det konkrete forholdet (subsumsjonen). Når det gjelder subsumsjonen er denne unntatt domstolsprøving dersom man er innenfor det frie forvaltningsskjønn.

Spørsmålet blir da hvilke skjønnsvurderinger som er frie. Unntak fra hovedregelen om at det er full domstolsprøving, krever særskilt begrunnelse, jf. Rt. 1985 s. 1427 (Naturfredningsdommen):

”Det er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettssikkerheten. Selv om det er unntak fra denne hovedregel, må de særskilt begrunnes.”

Innenfor det frie forvaltningsskjønn kan domstolene prøve lovtolkningen fullt ut, det er skjønnsutøvelsen som ikke kan overprøves. Men vedtaket kan kjennes ugyldig dersom skjønnsutøvelsen etter myndighetsmisbrukslæren, det vil si hvis det foreligger usaklig forskjellsbehandling, er tatt utenforliggende hensyn eller vedtaket er grovt urimelig.¹⁵⁶

Vi vil her vurdere om skjønnsvurderingen ”særlig sterke menneskelige hensyn” er et fritt forvaltningsskjønn som er unntatt domstolsprøving.

Om det skal dispenseres for underholdskravet er en toleddet skjønnsvurdering: Først foretas et subsumsjonsskjønn: Foreligger det særlig sterke menneskelige hensyn og dermed rettslig grunnlag for å dispensere? Dernest er det et kan-skjønn: Dersom vilkårene for dispensasjon er oppfylt, skal det dispenseres i denne saken? Det er i forhold til subsumsjonsskjønnet det

¹⁵⁶ Eckhoff og Smith, Op.cit. s. 387

er grunn til å vurdere om ikke domstolene kan kontrollere om det er hjemmel for dispensasjon. Kan-skjønn er et fritt skjønn.

Utgangspunktet for vurderingen av om det foreligger et fritt forvaltningsskjønn, er forskriftens ordlyd. En skjønnsmessig ordlyd er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig, forutsetning for at det foreligger et fritt forvaltningsskjønn. Om det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn er en slik skjønnsmessig ordlyd.

I tillegg til en skjønnsmessig ordlyd, må også andre rettskildefaktorer tilsi at subsumsjonen ligger under det frie forvaltningsskjønn, som f.eks. forarbeider og reelle hensyn.

Vurderingens art er også av betydning. Vi vil her gå igjennom argumenter som taler for og imot rettslig prøving av subsumsjonsskjønnet særlig sterke menneskelige hensyn.

Vi har ikke funnet noe rettspraksis om særlig sterke menneskelige hensyn som grunnlag for å dispensere fra underholdskravet. Dette skyldes nok at den rådende rettsoppfatning har vært at begge ledd i skjønnsvurderingen er fritt skjønn, og at det derfor er fåfengt å prøve saken for domstolene. I tillegg har det nok også betydning at de som ikke oppfyller underholdskravet, heller ikke har økonomisk evne til å prøve saken for domstolene.

Derimot foreligger dommer knyttet til om det foreligger ”sterke menneskelige hensyn” som grunnlag for å gi oppholdstillatelse, jf. ul. § 8 annet ledd. Felles for de to skjønnbestemmelsene er også den toleddede vurderingen, med et subsumsjonsskjønn og et påfølgende kan-skjønn. En forskjell er at ul. § 8 annet ledd er en skjønnsmessig lovbestemmelse vedtatt av Stortinget, mens vår problemstilling knyttet til en skjønnsmessig forskriftsbestemmelse gitt av forvaltningen sjøl. Vurderingen av hvorvidt subsumsjonsskjønnet er fritt, vil nok likevel være tilsvarende for de to bestemmelsene, da det er de samme vurderingstema og hensyn gjør seg gjeldende for begge bestemmelsene.

To høyesterettsavgjørelser på utlendingsrettens område har vært sentrale for rådende rettsoppfatning om at både subsumsjonsskjønnet og kan-skjønn er utenfor domstolenes

prøvingskompetanse. I Rt. 1997 s. 1784 vurderer Høyesterett om en pakistansk borger bør ha oppholdstillatelse i medhold av ul. § 8 annet ledd på grunn av sin sterke tilknytning til riket. Førstvoterende sier (side 1795):

”Jeg går så over til å behandle ankende parts subsidiære anførsel om at Justisdepartementets avslag av 17. januar 1995 på søknad om ny oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 8 annet ledd, er så kvalifisert urimelig at det må anses ugyldig etter alminnelige forvaltningsrettslige regler. Jeg innskyter at avgjørelsen av en søknad om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag ligger innenfor forvaltningens frie skjønn og er i utgangspunktet unndratt domstolenes prøvningsrett. Det skal svært mye til for å sette et forvaltningsvedtak til side alene på det grunnlag at vedtaket er grovt urimelig.”

Førstvoterende drøfter enkelte momenter som har betydning for om det foreligger tilstrekkelig tilknytning, og avslutter med (side 1796):

”Det vesentlige for meg er imidlertid at en avveining av disse momentene ligger innenfor utlendingsmyndighetenes frie skjønn etter § 8 annet ledd. Vi befinner oss langt unna en situasjon hvor myndighetenes avslag på en søknad om oppholdstillatelse kan karakteriseres som så kvalifisert urimelig at vedtaket må anses ugyldig.”

I Høyesteretts kjæremål inntatt i Rt. 2003 s. 1287 bekreftes denne rettsoppfatningen i avsnitt 25 og 26. Saken gjaldt oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn, jf. ul. § 8 annet ledd:

*”Lagmannsretten har formulert domstolenes prøvelseskompetanse på denne måten:
«Lagmannsretten finner grunn til å presisere at domstolene, ved den prejudisielle prøvelse av vedtakets gyldighet, ikke har kompetanse til å sette seg i forvaltningens sted og overprøve om det i saken foreligger sterke menneskelige hensyn. Avgjørelsen av en søknad om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag ligger innenfor forvaltningens frie skjønn og er i utgangspunktet unndratt domstolenes prøvingsrett. Det skal etter rettspraksis svært*

mye til for å sette et forvaltningsvedtak til side alene på det grunnlag at vedtaket er urimelig. Dette kan bare skje hvis vedtaket er så kvalifisert (grovt) urimelig, at det må anses ugyldig etter alminnelige forvaltningsrettslige regler, jf blant annet Rt-1997-1784.»

Denne forståelse av utlendingsloven § 8 annet ledd og den ulovfestede regel om tilsidesettelse av forvaltningsvedtak som bygger på fritt skjønn, på det grunnlag at vedtaket er grovt eller sterkt urimelig, er etter kjæremålsutvalgets oppfatning riktig. Den konkrete avveining av de hensyn som går inn i vurderingen av om vedtaket er grovt eller sterkt urimelig, kan utvalget ikke prøve ved videre kjæremål.”

Disse avgjørelsene er tungtveiende rettskildefaktorer som tilsier at subsumsjonsskjønnet i vår problemstilling er et fritt forvaltningsskjønn. Men grensene for domstolenes prøvingskompetanse av forvaltningens skjønnspregede vurderinger som oppstilles i rettspraksis, er ikke entydig.

I Rt. 1995 s. 72 (Utvisningsdom 1) mente Høyesterett at domstolene ikke hadde prøvingskompetanse når det gjaldt forholdsmessighetsvurderingen i vedtak om utvisning. Rettstilstanden vedrørende domstolenes prøvelsesrett av forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker har etter dette endret seg gradvis i utvisningsdommene nr. 2, 3 og 4¹⁵⁷, og rettsoppfatningen i utvisningsdom 1 er nå forlatt. Det ble slått fast at forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker er et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene, da skjønnsvurderingen er av typisk rettslig karakter og av samme slag som EMK art. 8.

Også innenfor andre rettsområder er det blitt vurdert hvor langt forvaltningens frie skjønn strekker seg, og det er gjort vurderinger som kan være til hjelp også innenfor utlendingsretten. Rt. 2004 s. 1092 (reindommen) gjaldt fredning i medhold av reindriftsloven § 11, som gir hjemmel for fredning av nærmere bestemte områder ”når særlige hensyn tilsier dette”. I likhet med vårt skjønnstema – særlig sterke menneskelige

¹⁵⁷ Rt. 1998 s. 1795, Rt. 2000 s. 591 og Rt. 2005 s. 229

hensyn – er dette et bredt og sammensatt skjønnstema, hvor også samfunnsmessige og politiske føringer kan være av betydning i skjønnsutøvelsen. Slike brede skjønnstema kan være aktuelt unnta skjønnsvurderingen for domstolsprøving. I reindommen var det også slik at det krevdes spesiell faglig kompetanse. Men Høyesterett holdt døren på gløtt for domstolskontroll i dette tilfellet. Begrensningen i prøvelsesretten lå i at domstolene måtte være *tilbakeholdne*, ikke at de var avskåret, og de viser også til Naturfredningsdommen hvor det ble tatt til orde for en tilsvarende mellomløsning:

”I utgangspunktet vil den nærmere vurderingen av om «særlige hensyn» foreligger, være et skjønn som domstolene bør være tilbakeholdne med å overprøve, jf. blant annet Rt-1995-1427.”

Med en slik mellomløsning mener Høyesterett at det skal være en nyansert tilnærming til spørsmålet. Man kan tolke loven slik at domstolen har kompetanse, men at domstolen står fritt til å ikke bruke den.¹⁵⁸ Mot dette kan man kanskje si at tilbakeholdenheten innebærer at forvaltningen har så stor grad av frihet med henhold til subsumsjonen, at det i realiteten er et fritt forvaltningsskjønn som ikke prøves.

Vurderingene av domstolenes prøvingsrett må også nyanseres i forhold til hva slags rettsområde saken gjelder, sakstypen og hva slags vurderinger skjønnnet er basert på. Saker av stor betydning for de som berøres, og de rettssikkerhetshensyn som da gjør seg gjeldende, er forhold som kan tale sterkt for at domstolen bør ha kompetanse til å overprøve forvaltningens skjønn. At domstolen er avskåret fra å overprøve et skjønn på ett rettsområde, trenger derfor ikke bety at de er avskåret på andre rettsområder, jf. Rt. 2007 s. 257 (Trallfdommen) avsnitt 44:

”Det kan spørres om rettssikkerhetshensyn taler for at fastleggingen av «særlige grunner» bør anses som rettsanvendelse med den mer intensive domstolsprøvelse som da kan finne sted. Langt på vei vil dette spørsmålet kunne besvares ut fra de momenter som allerede er

¹⁵⁸ Boe, *Hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen?* Lov og Rett nr. 2 2007 s. 80

trukket frem. Når generelle kriterier kombineres med faglige og politiske vurderinger, vil domstolskontrollen reelt sett måtte konsentrere seg om de hensyn som er tatt, ligger innenfor det loven tillater - med andre ord om de er relevante og anvendt på en saklig, ikke-diskriminerende måte. Men så langt går også kontrollen med forvaltningens frie skjønn, jf. hva jeg tidligere har sagt om dette. Det utelukker likevel ikke at skjønnnet i andre typer saker hvor det er spørsmål om dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7, vil kunne være mindre preget av bygningsfaglige og politiske vurderinger og mer være av juridisk eller moralsk art. I en slik situasjon vil rettssikkerhetsgrunner kunne tilsi en mer intensiv domstolskontroll. Vår sak gir ikke utgangspunkt for å vurdere dette videre.”

Trallfadommen konkluderer med at domstolen ikke kan prøve skjønnsutøvelsen i denne saken. Men førstvoterende understreker at vurderingene knyttet til skjønnsutøvelsen på ett rettsområde, ikke nødvendigvis har overføringsverdi til andre rettsområder hvor andre hensyn kan gjøre seg gjeldende.

I HR-2007-01869-A (Krekardommen) trekkes rettssikkerhetsaspektet fram i saker som innebærer inngrep overfor enkeltpersoner:

”Det er en viktig rettssikkerhetsgaranti at domstolene kan prøve forvaltningens subsumsjon ved vedtak som innebærer inngrep overfor enkeltpersoner. Fra dette prinsipp er det gjort enkelte unntak, blant annet i tilfeller der loven gir anvisning på utpregede skjønnsmessige vurderingstemaer, og i tilfeller hvor vedtaket beror på en vurdering av utpreget faglig karakter på områder som domstolene ikke kan forventes å ha nødvendig innsikt.”

Man kan si at hvorvidt man skal innvilge en oppholdstillatelse til personer som ennå ikke er etablert i Norge, ikke på samme måte kan karakteriseres som et inngrep som utvisning. Utvisning er dessuten et inngrep av pønalt karakter, og har ofte mer dramatiske konsekvenser for den enkelte enn den strafferettslige reaksjonen. Men i familieegjenforening er en søknad om oppholdstillatelse og muligheten til å leve med sin familie av stor

betydning for vedkommendes liv, hvor også menneskerettslige vurderinger gjør seg gjeldende.

Når det gjelder domstolens kompetanse til å prøve subsumsjonsskjønnet om det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn, er argumenter mot en slik prøvelsesrett at skjønnet er utpreget bredt og sammensatt. Det er innenfor et utpreget politisk område hvor forvaltningen skal ivareta innvandringspolitiske hensyn. Mot dette kan det framheves at innvandringspolitiske hensyn i hovedsak kan ivaretas i annet ledd av vurderingen (kanskjønnet), som uansett er fritt og ikke kan overprøves av domstolene. Det er snakk om her er at domstolene skal ha kompetanse til å vurdere om særlig sterke menneskelige hensyn foreligger, og ikke om det skulle vært innvilget. Derfor kan en domstolskontroll av subsumsjonsskjønnet ha begrenset verdi for den private part.

Et annet argument mot domstolsprøving er at forvaltningen sitter med erfaring og kompetanse som gjør dem best skikket til å foreta en god vurdering. Mange vil framheve at vurderingene av om det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn er av juridisk og moralsk art, og menneskelige hensyn er noe domstolen behandler i mange sammenhenger. Behov for særskilt faglig kompetanse er derfor ikke noe tungtveiende argument for å avskjøre domstolenes prøvingsrett innenfor vår problemstilling. På den annen side kan det framheves at i saker med barn bør kreves nokså god barnefaglig kompetanse, og det kan påpekes at denne ikke er god nok i dag. Dette kan også tilsi at overprøving av barnets beste kanskje ikke bør overlates til domstolene, men at man av hensyn til barna bør øke kompetansen i forvaltningen.

Utlendingsretten er generelt et område med mye bruk av skjønn, og vedtakene som fattes er av stor velferdsmessig betydning for de som berøres. Rettssikkerhetshensyn taler dermed for økt domstolskontroll av forvaltningsskjønnet på utlendingsrettens område.

På den annen side er det ikke gitt at økt domstolskontroll medfører at den private part kommer bedre ut. Departementet har på utlendingsrettens område kompetanse¹⁵⁹ til å påklage positive UDI-vedtak og prøve positive UNE-vedtak for domstolene. Dersom forvaltningsskjønnet ikke er fritt, vil det også innebære at UNE og domstolene i sin overprøving av særlig sterke menneskelige hensyn kan finne vedtak ugyldig fordi de er uenige i skjønnsutøvelsen.

Det kan også tenkes at domstolene stadfester en restriktiv forvaltningspraksis, og dermed bidrar til forsterke denne. Da kan forvaltningen føle seg enda mer bundet enn tidligere av at dispensasjonsadgangen skal være såpass streng.

I LB-2007-35224 trekker Borgarting lagmannsrett domstolenes prøvingsrett til å gjelde hele subsumsjonsskjønnet i vurderingen av sterke menneskelige hensyn etter ul. § 8 annet ledd. Lagmannsretten mener forvaltningens frie skjønn er begrenset til kan-skjønnet. Anke over lovanvendelsen er av kjæremålsutvalget henvist til Høyesterett 5. mars (HR-2008-450-U), og er berammet til 13. og 14. mai i år. Høyesteretts standpunkt i denne saken vil trolig bli avgjørende for om subsumsjonsskjønnet er gjenstand for rettslig prøving: Både i forhold til sterke menneskelige hensyn som grunnlag for oppholdstillatelse, og særlig sterke menneskelige hensyn som grunnlag for dispensasjon for underholdskravet.

¹⁵⁹ Se punkt 4.1.3

8 AVSLUTTENDE KRITISKE BEMERKNINGER OG FORSLAG TIL ENDRINGER

8.1 Innledning

I dette kapittelet vil vi komme med noen kritiske bemerkninger og forslag til endringer av regelverk/praksis på bakgrunn av våre funn i arbeidet med avhandlingen. Vi vil vurdere om det bør være et underholdskrav for barn som søker familiegjengenforening, samt knytte noen kommentarer til forslag til ny utlendingslov og innspill til forskriftsarbeidet. Til slutt vil vi si noe om vår erfaring med utlendingsforvaltningens registreringssystem i punkt 8.3. og knytte noen kommentarer til ”skjulte regler” i saksbehandlingen i punkt 8.4.

8.2 Underholdskravet

8.2.1 Bør det være underholdskrav for barn?

Vi vil her redegjøre for argumenter som taler for at det bør gjøres unntak for underholdskravet for barn. Vi uttaler oss her om barn som ikke har foreldre eller andre omsorgspersoner som utøver foreldreansvar i hjemlandet eller oppholdslandet.

8.2.1.1 Barnets beste¹⁶⁰

Et utgangspunkt for barnets beste er at det er til barnets beste å vokse opp sammen med sine foreldre eller nærmeste omsorgspersoner og få omsorg av disse. Sjøl om det stilles krav til foreldres eller nærmeste omsorgspersoners evne til å dra omsorg for sin barn, kan ikke barnets beste være en rettighet for barnet som er betinget av foreldrenes eller de

¹⁶⁰ Se punkt 6.3

nærmeste omsorgspersonenes økonomi. I de fleste tilfellene vil barnets beste tale for at barnet blir gjenforent med sine foreldre eller de nærmeste omsorgspersoner i Norge. Barn trenger trygghet og stabilitet, og det får de best ved å være sammen med sine foreldre eller de nærmeste omsorgspersonene, uavhengig av deres inntekt. Barnets beste-vurderingen vil også inngå i de øvrige momentene.

8.2.1.2 Integreringshensyn

Som argument for underholdskrav trekkes ofte fram hensynet til integrering. Begrunnelsen er at for å oppfylle underholdskravet vil herboende komme seg raskere i jobb, og på denne måten bli fortere integrert i det norske samfunnet.

Men hensynet til integrering kan også tale for at barn burde vært unntatt for underholdskravet. I saker etter uf. § 23 vil underholdskravet uansett bortfalle når herboende etter tre år kan få bosettingstillatelse¹⁶¹, og barna vil da kunne få familiegjenforening uten at det stilles underholdskrav. I saker etter uf. § 24 vil antakeligvis herboende oppfylle underholdskravet etter en stund. Mange av barna som får avslag på grunn av manglende underholdskrav kommer derfor til Norge på et senere tidspunkt. For disse barna blir integreringsprosessen utsatt. For eldre barn vil det ofte være mer krevende å lære seg norsk, fungere på skolen etc. Dette er verken til det beste for barna sjøl eller det norske samfunnet.

Det kan også være integreringsfremmende for foreldrene i større grad må forholde seg til barnehager og skole. Det er også uheldig at foreldre som har fått opphold etter søknad om asyl og følger den obligatoriske toårige introduksjonsordningen¹⁶², som er ment å være en del av integreringsprosessen, ikke oppfyller underholdskravet med introduksjonsstøtten. Se nærmere om dette under størrelsen på underholdskravet.

¹⁶¹ Uf. § 43. Se mer i punkt 6.10

¹⁶² 4. juli 2003 nr. 80 Lov om introduksjonsordning og norskopplæring for nyankomne innvandrere (introduksjonsloven)

8.2.1.3 Hensynet til rimelighet

Det at man stiller et økonomisk krav for at barn skal bo sammen med sine foreldre eller nærmeste omsorgspersoner, kan framstå som urimelig. Barn trenger omsorg og har naturlig nok har større problemer med å dra omsorg for seg sjøl enn voksne. Det vil være særlig urimelig med underholdskrav ved familiegjening mellom barn og foreldre i de tilfellene hvor mulighetene for å gjenforenes og utøve et familieliv i hjemlandet eller et annet oppholdsland er svært vanskelig.

Regjeringen Bondevik II bruker også urimelighet som et argument i sitt høringsbrev¹⁶³ fra 2005, hvor de foreslår at barn under 15 år skal unntas fra underholdskravet, alternativt at barnets alder skal tillegges mer vekt i skjønnsutøvelsen. Daværende statsråd for KRD, Erna Solberg, skriver i høringsbrevet at foreldrene/forelderen i mange tilfeller har valgt å reise fra barnet frivillig, men likevel vil mange kunne oppleve det som urimelig at det stilles underholdskrav for barn som søker familiegjening med foreldrene sine. Et slikt barneperspektiv er i samsvar med barnets beste-vurderingen.¹⁶⁴

Før høringsbrevet til KRD ble sendt ut i 2005, anmodet UDI departementet om at det i utlendingsforskriften måtte åpnes for i større grad å kunne gjøre unntak fra kravet om underhold i saker som berører barn¹⁶⁵. De skriver i sitt brev til KRD at: *”[e]tter at utlendingsforskriften § 25 ble endret i mai 2003, har Utlendingsdirektoratet sett flere saker hvor utfallet har blitt urimelig. Dette gjelder saker hvor barn søker familiegjening med forelder som ikke har bosettingstillatelse i Norge og hvor forelderen ikke oppfyller kravet til underhold.”*

I brevet skriver UDI videre at de har flere søknader fra barn som oppholder seg i land eller områder med store konflikter uten omsorgspersoner, og at det i sakene er opplyst at

¹⁶³ Høring – endringer i utlendingsforskriften – Kravet til underhold i familieinnvandringssaker og vilkår om sykeforsikring for 9-måneders oppholdstillatelse, datert 06.05.05. Høsten ble det som kjent regjeringsskifte, og i Ot prp til ny utlendingslov (ot prp nr 75 (2006-2007)), er ikke dette høringsforslaget fulgt opp eller nevnt.

¹⁶⁴ Se punkt 6.3.3.1

¹⁶⁵ ”Kravet til sikret underhold i saker hvor barn søker familiegjening med foreldre i Norge” UDI-brev av 15.4.2005, se vedlegg 7

omsorgspersonene har forsvunnet eller ikke ønsker å ha omsorgsansvaret for barnet lenger. UDI har ”sett hen til forskriftens ordlyd og grunnene til at underholdskravet ble oppfylt”, og derfor ”kun unntaksvis dispensert fra underholdskravet”. De viser i brevet til at de er kjent med at departementet vurderer å innføre et generelt krav til underhold i familiegjenforening og advarer mot dette:

”[s]ett hen til at barn generelt er en sårbar gruppe og at barn som lever uten foreldre eller andre omsorgspersoner er i en særlig sårbar situasjon, mener direktoratet det i utlendingsforskriften må åpnes for at direktoratet i større grad kan gjøre unntak fra kravet i underhold i saker som berører barn”.

KRD svarer UDI i brev av 27.04.05,¹⁶⁶ og viser til at de om kort tid vil sende på høring forslag om at det som hovedregel ikke skal stilles krav til sikret underhold når søkeren er barn. Høringsbrevet de viser til her er høringsbrevet referert ovenfor¹⁶⁷. KRD begrunner forslaget på følgende måte til UDI: *”[b]akgrunnen for dette er dels erfaringer vi har hatt med regelverket om underhold til i dag, og dels fordi det i mange tilfeller ikke anses rimelig å kreve underhold når søkeren er barn eller herboende referanse.”*

Forslaget i høringsbrevet til KRD har ikke blitt fulgt opp. Rettstilstanden for disse barna er fortsatt slik den var i 2005.

Hensynet til rimelighet synes også å komme inn i vurderingen foretatt av utlendingslovutvalget, der de diskuterer underholdskrav og et eventuelt botidskrav for familiegjenforening som virkemiddel for å begrense antall asylsøkere¹⁶⁸. Utvalget sier her at *”inngrep som selv for en periode ekskluderer muligheten til familiegjenforening for noen som har fått opphold i riket av sterke rimelighetsgrunner¹⁶⁹, rammer en svært tungtveiende individinteresse”*. De sier videre at det er lett å forestille seg uheldige og svært inngripende

¹⁶⁶ ”Spørsmål om krav om underhold for barn som søker familiegjenforening” KRD-brev 27.4.2005, se vedlegg 8

¹⁶⁷ Disse endringsforslagene er ikke fulgt opp i forslaget til ny utlendingslov, se punkt 8.2.2

¹⁶⁸ Se NOU 2004:20 *Ny utlendingslov*, side 214-215

¹⁶⁹ Sml ul. § 8 annet ledd

tilfeller som følge av et botidskrav eller et skjerpet underholdskrav. Som eksempel nevner de situasjoner hvor herboende har fått opphold av helsemessige årsaker og er dypt traumatisert, hvor traumene kan forsterkes av at vedkommende ikke kan bli gjenforent med ektefelle eller barn.

8.2.1.4 Retten til familieliv

Retten til familieliv etter EMK art. 8, vil også kunne tale imot at det oppstilles et underholdskrav i familiegjenforeningssaker. Som tidligere nevnt medfører ikke EMK art. 8 en generell plikt for statene til å innvilge familiegjenforening, men en plikt kan oppstå etter en konkret vurdering i enkeltsaker. EMD har i sine avgjørelser særlig vektlagt hensynet til barn, men det må også foreligge vesentlige hindringer for at familien ikke kan utøve sitt familieliv i hjemlandet. Retten til familieliv setter ikke en absolutt skranke for et underholdskrav, men som praksis viser, gjelder det en viss grense for når myndighetene kan oppstille et underholdskrav på bekostning av utøvelsen av familielivet.

Hensynet til familiens enhet, som EMK art. 8 skal ivareta, er i seg sjøl et moment som taler imot strenge økonomiske vilkår for familiegjenforening.

8.2.1.5 Forskjellsbehandling på økonomisk grunnlag

Det å stille et økonomisk vilkår for å kunne utøve familielivet kan sies å innebære en forskjellsbehandling mellom dem som har penger nok til å oppfylle underholdskravet, og dem som ikke har det. De som har midler nok får muligheten til å være sammen med sine nærmeste, mens de andre må vente til de eventuelt har klart å spare opp nok penger eller fått en inntekt. Sjøl om det er adgang til å sette visse økonomiske vilkår uten å bryte menneskerettighetene, er det et spørsmål om det er politisk ønskelig at utøvelse av familielivet skal være betinget av økonomi.

8.2.1.6 Innvandringspolitiske hensyn

Som tidligere nevnt har ikke utlendingsmyndighetene oversikt over hvor mange barn som faller inn under denne problemstillingen, men flere av saksbehandlerne vi intervjuet mente at barn som var igjen uten foreldre i hjemlandet utgjorde en liten gruppe søkere. De innvandringspolitiske hensynene gjør seg derfor ikke så sterkt gjeldende.

Ved utarbeidelsen av utlendingslovgivningen sees det i stor grad hen til rettsregler og rettsutvikling i våre naboland, samt EU¹⁷⁰. I EU er særlig familiegjenforeningsdirektivet 2003/86/EF relevant. Direktivet er ikke forpliktende for Norge, men det regnes likevel som relevant for norsk regelutvikling¹⁷¹. Det er ikke politisk ønskelig at Norge skal skille seg ut på en måte som for eksempel gjør det vesentlig mer attraktivt å søke asyl her enn i andre land. Man antar at gunstige regler for senere familiegjenforening er en av de faktorer som innvirker på hvilke land asylsøkere foretrekker. Det er et ønske om at både asylstrømningen og familieinnvandringen fordeler seg mest mulig jevnt mellom landene i Europa. EU-direktivet åpner i art. 7 for at medlemslandene kan fastsette underholdskrav, en med enkelte begrensinger på adgangen til å operere md underholdskrav når herboende har asylstatus.

I forarbeidene til ny utlendingslov sees det i stor grad hen til svenske og danske regler. Verken Sverige eller Danmark stiller underholdskrav for barn som søker familiegjenforening med sine foreldre. Riktignok har begge landene en mindre omfattende personkrets enn norske regler, da både fosterbarn og helsøsken er unntatt fra reglene om familiegjenforening. Denne gruppen utgjør imidlertid ikke så stor gruppe som innvilges i Norge heller. At det ikke stilles underholdskrav for barn i Sverige og Danmark, som i utgangspunktet ligger på hver sin side av Norge når det gjelder asyltilstrømning og innvandringspolitikk, tilsier at det å fjerne underholdskrav for barn ikke vil ha store konsekvenser.

¹⁷⁰ For en sammenligning av reglene, se vedlegg 9 og 10.

¹⁷¹ Jf. Ot.prp.nr 75 (2006-2007) side 183: "Fra et harmoniseringsperspektiv, og i forhold til de mekanismer på migrasjonsfeltet som innvirker på migrasjonsutviklingen, er likevel direktivet av sentral betydning ved utviklingen av et nytt norsk regelverk".

Også det at mange av barna kommer før eller siden uansett fordi underholdskravet etter hvert bortfaller eller oppfylles, jf. punkt 8.2.1.2, gjør at de innvandringspolitiske hensyn ikke er så sterke.

8.2.1.7 Underholdskravets størrelse

Mange av de herboende i vårt utvalg går på introduksjonskurs og mottar introduksjonsstønad. I følge Ot.prp. nr 28 (2002-2003) for nyankomne innvandrere¹⁷², skal stønaden ivareta to hovedhensyn. Den skal stimulere til deltakelse i ordningen og sikre nødvendige midler til livsopphold. Ved fastsettelse av størrelsen på introduksjonsstønaden har myndighetene vært opptatt av at størrelsen ikke overgår inntekten deltakerne kan forvente i et typisk lavtløntyrke, fordi et ordinært arbeidsforhold skal framstå som et økonomisk bedre alternativ til introduksjonsstønaden¹⁷³. Myndighetene har derfor valgt å sette introduksjonsstønaden til 2G¹⁷⁴, som gjennomsnittlig ligger litt over sosialhjelpssatsene. I Ot prp nr 28 (2002-2003)¹⁷⁵ sies det at man ikke ser bort fra at introduksjonsstønaden etter skatt kan ligge under sosialhjelpen i enkelte kommuner. Introduksjonsordningen er obligatorisk for herboende som blant annet har fått opphold på grunnlag av asyl eller opphold på humanitært grunnlag etter søknad om asyl¹⁷⁶, eller familiegjenforening med en av disse. Dette gjelder for de fleste herboende i vårt utvalg. For at herboende i vårt utvalg skulle kunne oppfylle underholdskravet og samtidig gå på introduksjonsprogrammet, som i de fleste tilfellene er obligatorisk, må de herboende dermed ta seg en deltidsjobb på kveldstid og i helgene. Etter at barnet eventuelt har fått innvilget familiegjenforening og kommet til Norge, må omsorgspersonene ta seg av barna sine. Mange av omsorgspersonene i vårt saksutvalg er aleneforsørgere. Det kan derfor være vanskelig å følge introduksjonsprogrammet på fulltid og samtidig ha jobb ved siden av for å oppfylle underholdskravet.

¹⁷² side 65

¹⁷³ Ot.prp nr 28 (2002-2003) side 77

¹⁷⁴ Tilsvarende 133 624 kr per 10.04.08

¹⁷⁵ Side 80-81

¹⁷⁶ jf. introduksjonsloven § 2

Som nevnt nedenfor mener vi at dersom det ikke skal gjøres unntak for underholdskravet i disse tilfellene, bør i hvert fall ikke underholdskravet være høyere enn introduksjonsstønad. Dette var også noe SV, V og SPs representanter tok til ordet for i stortingets behandling av Ot.prp nr 28 (2002-2003)¹⁷⁷

Underholdskravet tilsvarer i dag lønnstrinn 1 i statens lønnsregulativ. Dette utgjør kr 182 400¹⁷⁸. Dersom man skal ha et underholdskrav, bør man etter vår mening, se hen til levekostnader og inntekt i Norge. Man må ta utgangspunkt i en minstestandard for hvor mye penger det er mulig å klare seg på for en familie. Uten at vi tar stilling til hvor stor størrelsen på underholdskravet bør være, vil vi vise til at størrelsen på introduksjonsordningen er på 2G, som tilsvarer kr 133 624,-. Dette er omtrent det samme nivå som folketrygdens minstepensjon, og altså et beløp myndighetene mener dekker rimelige utgifter til livsopphold. Som vi har nevnt ovenfor, er det mye som taler for at herboende som går på introduksjonsstønad bør unntas for underholdskravet i de tilfellene hvor barn søker familiegjenforening med dem, eventuelt at underholdskravet og introduksjonsstønaden settes på samme nivå.

8.2.2 Om underholdskrav og barn i ny utlendingslov

Stortinget vedtar i vårsesjonen 2008 ny utlendingslov. I skrivende stund¹⁷⁹ er den ennå ikke vedtatt¹⁸⁰, men det er avgitt innstilling fra kommunalkomiteen 02.04.08. Forskriften er under utarbeidelse hos AID.

I forarbeidene til den nye utlendingsloven er det videreført underholdskrav som hovedregel ved familiegjenforening i forslaget til ny utlendingslov § 58. Nærmere bestemte unntak fastsettes i ny utlendingsforskrift. I Ot.prp nr. 75 (2006-2007) og Innst. O. nr. 42

¹⁷⁷ Jf. Innst.O.nr 103 (2002-2003)

¹⁷⁸ Per 10.04.07. Beløpet justeres årlig i forbindelse med lønnsoppgjøret.

¹⁷⁹ 10.04.08

¹⁸⁰ Ble vedtatt av Odelstinget 8. april, men skal også formelt behandles i Lagtinget før sanksjonering.

(2007-2008) er det nevnt enkelte grupper som bør unntas fra underholdskravet. I odelstingsproposisjonen og komitéinnstillingen gjøres det klart at det videreføres unntak for familiemedlemmer av flyktninger når familielivet var stiftet før flyktningen ankom Norge. I og med at flere får flyktningsstatus etter ny lov, vil det medføre at en større gruppe unntas fra underholdskrav. Dessuten legges det opp til unntak for varig trygdede og en vurdering av unntak for dem som er inne i lange utdanningsløp.

KrF og Venstre foreslår at en del barn som er søkere, skal unntas fra underholdskravet, men er i mindretall for dette forslaget:

*"Stortinget ber Regjeringen gjøre unntak fra underholdskravet når søkeren er barn under 18 år som ønsker familiegjennforening med forelder eller foreldre i Norge."*¹⁸¹

8.2.2.1 Utvidelser og innstramminger i ny lov vedrørende barn i familiegjennforeningssaker

I den nye utlendingslovens forarbeider kommer det fram at myndighetene generelt ønsker en større vektlegging av hensyn til barn.

I Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) trekkes det fram eksempler på hvordan barnet bedre ivaretas i den nye loven. På side 75 nevnes at underholdskravet fjernes for de som etter dagens lovgivning får opphold på humanitært grunnlag på grunn av beskyttelsesbehov, men som flyktningstatus med ny lov. Deres barn vil dermed lettere få familiegjennforening fordi de er unntatt underholdskravet, og dette er en oppmyking som kommer mange barn til gode.

I ny lov § 49 om oppholdstillatelse til andre enn de nærmeste familiemedlemmer (f.eks. fosterbarn og helsøsken) er det eksplisitt nevnt i bestemmelsens tredje ledd at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn. Denne bestemmelsen

¹⁸¹ Innst. O. nr. 42 (2007-2008) side 15

innebærer ikke noe mer enn det som allerede er gjeldende rett etter barnekonvensjonen art. 3, men det kan ha en funksjon at man i bestemmelsen minner om dette.

Sjøl om barns stilling er styrket på enkelte punkter i ny lov, ligger det inne innstrammingsforslag til ny forskrift hva gjelder underholdskravet i familiegjenforeningssaker. Dersom disse forslagene blir gjennomført, vil de føre til en svekkelse av barns rettsstilling som søkere av familiegjenforening. Særlig to forslag til innstramminger får direkte negative konsekvenser for barn som søker familiegjenforening:

- Det skal gjelde et vilkår om at referansepersonen også i året forut for at tillatelse gis, skal ha hatt tilstrekkelig inntekt, jf. punktet over, til å oppfylle underholdskravet. Dette skal framgå av ligningsattest.
- Det skal gjelde et vilkår om at referansepersonen i året forut for at oppholdstillatelse gis, ikke har mottatt sosialhjelp.

Begrunnelse for forslagene er at *"krav til tidligere inntekt og vilkåret om at referansepersonen ikke skal ha mottatt sosialhjelp året forut, innebærer at underholdskravet faktisk vil være oppfylt over lengre tid. Mottak av sosialhjelp indikerer at personen ikke har vært selvforsørgende, og således heller ikke vil være i stand til å forsørge nye husstandsmedlemmer."*¹⁸²

Om man oppfyller underholdskravet er en vurdering av *framtidig* inntekt for det året tillatelsen gjelder. Noen sikker garanti for at inntekten vil vedvare kan man sjelden få, men i dag dokumenteres underholdskravet med arbeidskontrakt og/eller lønnsslipper fra de siste månedene på søknadstidspunktet, eventuelt uttalelser fra arbeidsgiver. Å kreve at man i året før har hatt tilsvarende inntekt og ikke har mottatt sosialhjelp, utgjør etter vårt syn ingen vesentlig forskjell for sikkerheten om at inntekten vil bestå i framtiden.

Vi synes det er betenkelig at behov for sosialhjelp skal få så negative konsekvenser for noe så essensielt som adgang til familiegjenforening. Sjøl om man har hatt behov for

¹⁸² Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) side 65

sosialhjelp siste år, kan man være fullt i stand til å sannsynliggjøre i tilstrekkelig grad at man vil oppfylle et framtidig underholdskrav ved å legge fram arbeidskontrakt. Sosialhjelp er ment å være en kortvarig ytelse i en situasjon hvor man trenger hjelp til å dekke grunnleggende behov, og bør ikke ramme familiemedlemmers muligheter til å få familiegjenforening i etterkant. Resultatet kan også være at mennesker som trenger og er berettiget til sosialhjelp lar være å ta imot for ikke å forkludre familiegjenforeningssøknaden for barna.

For øvrig vil vi bemerke at det i forbindelse med disse forslagene ikke er påpekt at det er noe som tyder på at det i dag er et stort problem at underholdskravet ikke er godt nok sikret med de dokumentasjonskravene som gjelder

Første forslag innebærer også at det tar lang tid fra en referansepersone bosetter seg her, til familiemedlemmer kan søke familiegjenforening. Som ny i Norge vil det for det første ta tid å få arbeid. La oss si at en får oppholdstillatelse om våren og jobb på høsten. Fordi man arbeider så kort tid av dette året, får man ikke dokumentert nok inntekt på likningsattesten året etter. Dernest må man jobbe hele påfølgende år, og deretter avvente likningsattest utpå våren. Det har da gått to år siden vedkommende fikk oppholdstillatelse, og underholdskravet har vært oppfylt mesteparten av tiden.

Dersom den som kom har fått oppholdstillatelse på grunnlag av asyl (men ikke fått flyktningstatus og derfor ikke er unntatt for underholdskravet), vil vedkommende ofte ha vært her en stund som asylsøker, og skal gå på introduksjonsprogram i to år hvor introduksjonsstøtten ikke er tilstrekkelig til å dekke underholdskravet. Deretter skal vedkommende ut i jobb og må vente 1-2 år før man kan dokumentere tilstrekkelig inntekt i året som har gått med sin likningsattest.

Det sier seg sjøl at for familiemedlemmer som avventer familiegjenforening, og særlig for barn som er igjen alene, vil slike vilkår for dokumentasjon for underholdskravet slå svært negativt ut.

Vi mener disse innstrammingene er i strid med de intensjoner som ligger i forpliktelsene i barnekonvensjonen art. 10 nr 1. Artikkelen omhandler staters behandling av en familiegjenforening mellom barn og foreldre skal behandles på en positiv, human og rask måte. Hensynet bak bestemmelsen bør også få konsekvenser for hvor lang tid det kan gå før barna får en reell mulighet til å få innvilget en søknad om familiegjenforening.

I tildelingsbrevene¹⁸³ for 2008 til UDI og UNE er det trukket fram at familiegjenforeningssøknader som angår barn skal prioriteres. Vi antar at bakgrunnen for anmodningen om prioritering er de samme hensyn som ligger bak barnekonvensjonens art. 10 nr. 1: at barn som er igjen alene er i en sårbar situasjon, og at det er grunn til å påskynde saksbehandlingen av hensyn til disse slik at det ikke går for lang tid før de kan gjenforenes med sine foreldre. At man faktisk ønsker slike prioriteringer må da også få konsekvenser for utformingen av regelverket.

Som et forslag til innstramming er det også foreslått at underholdskravet økes, men vi forutsetter at dette bare gjelder ved familiegjenforening mellom ektefeller/samboere, slik Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) og Innst. O. nr. 42 (2007-2008) legger opp til.

8.2.2.2 Våre forslag

I kommende utlendingslov vil enkelte av barna i vår problemstilling bli unntatt fra underholdskravet. Dette gjelder barn av foreldre som har fått flyktningstatus etter det utvidede flyktningbegrepet, som inkluderer det som i dag er opphold på humanitært grunnlag av flyktningstilsvarende grunner, jf. ul. § 15 første ledd.

¹⁸³ Tildelingsbrev er det sentrale styringsinstrumentet fra et departement til en underliggende virksomhet. UNE/UDI får dette tilsendt av AID etter behandlingen av statsbudsjettet i Stortinget hvert år. Brevet skisserer økonomiske rammer og beskriver prioriteringer, resultatmål og rapporteringskrav for virksomhetene.

Det er mange forhold som taler for at også andre barn som søker familiegjennforening bør unntas fra underholdskravet. Vi mener dette bør gjelde for barn som er igjen alene, og som søker familiegjennforening med foreldre, fosterforeldre eller helsøsken, eventuelt har annen sterk tilknytning som danner grunnlag for oppholdstillatelse.

For barn som søker familiegjennforening etter uf. § 24, er vilkårene for å bli omfattet av disse bestemmelsene svært strenge. For fosterbarn må det godkjøres at barna er en del av den etablerte husstanden og herboende må bevise at de rettmessig utøver foreldreansvar, samt at norske myndigheter må godkjenne fosterhjemmet. Når det gjelder helsøsken er vilkåret at søker ikke kan ha andre omsorgspersoner i hjemlandet/oppholdslandet, herunder andre søsken og fjerne slektninger. Alternativt må det foreligge sterke menneskelige hensyn som taler for at søker kan gjenforenes med en herboende. Disse vilkårene innebærer at barn som får innvilgelse etter uf. § 24 er en meget begrenset gruppe. Det er derfor ikke tungtveiende innvandringspolitiske hensyn mot å unnta også denne gruppen fra underholdskravet.

Vi har derfor følgende forslag til endring av gjeldende rettstilstand:

- Det stilles ikke krav om underhold når barn uten personer som rettmessig utøver foreldreansvaret i hjemlandet, søker familiegjennforening med referanseperson i Norge. Dette må gjelde for alle barn som søker familiegjennforening, uavhengig av hvilken personkrets de tilhører.

Dersom det ikke er politisk vilje til å gjøre unntak for underholdskravet for alle barn som er igjen alene, bør det vurderes en lemping for barn hvor herboende går på introduksjonsprogram. I disse sakene bør underholdskravet senkes til gjeldende sats for introduksjonsstønad. Etter at den nye utlendingsloven er trådt i kraft, vil dette i hovedsak gjelde barn hvis herboende har opphold på av humanitære grunner (ikke flyktningstatus).

Vi foreslår derfor:

- i familiegjenforeningssaker hvor herboende går på introduksjonsprogram, settes underholdskravet tilsvarende introduksjonsstøtten, når søkeren er barn som er igjen alene uten foreldre eller andre som utøver foreldreansvar.

Unntas ikke alle barn som er igjen alene fra underholdskravet, er det viktig at ny utlendingslov ikke fører til at situasjonen forverres i de tilfellene hvor underholdskrav fortsatt stilles. Forslagene om ligningsattest og sosialstønad, som redegjort for i punkt 8.2.2.1, innebærer en klar forverring for barn som er igjen alene.

På denne bakgrunn har vi følgende forslag:

- Kravet om at man må ha hatt inntekt i minst ett år og at dette må dokumenteres med likning, samt at man ikke må ha mottatt sosialhjelp det siste året, må ikke gjelde for barn som søker familiegjenforening og er igjen alene uten personer som utøver et foreldreansvar. Dette må gjelde for alle barn som søker familiegjenforening, uavhengig av hvilken personkrets de tilhører.

8.3 Oversikt over saker hos utlendingsforvaltningen og forskning

Registeret til utlendingsforvaltningen (DUF-registeret) skiller ikke mellom de som får familiegjenforening etter de ulike kategoriene opplistet i uf. §§ 23 og 24. Det skiller heller ikke på om avslag skyldes at underholdskravet er oppfylt eller om det er andre grunner, eventuelt om det innvilges etter å ha dispensert for underhold etter uf. § 25 tredje ledd tredje punktum. Det er ikke mulig å få en oversikt over hvor mange barn som søker som søker familiegjenforening alene.

Dette er uheldig av flere grunner. Det er uheldig for saksbehandlingen og praksisutviklingen, i og med at de innvandringspolitiske hensynene veier så tungt i skjønnsvurderingene. Det er vanskelig å gjøre kvalifiserte vurderinger av konsekvensene av de beslutninger som fattes dersom forvaltningen ikke vet mer om omfanget av tilsvarende saker.

Det er også vanskeligere for lovgiver og andre å foreta politiske vurderinger, da det er vanskeligere å vurdere konsekvensene av regelendringer. Det vil også være vanskelig å vurdere i hvilken grad det for eksempel er mulig å prioritere saker som omhandler barn som søker alene.

Et register som ikke har gode differensieringer gjør også empirisk forskning som denne oppgaven vanskelig. Som vi redegjorde for i metodekapittelet var det svært vanskelig å trekke ut relevante saker i databasen hos UDI, mens det i UNE gikk greit fordi saksmengden var mindre og gjorde det mulig med en manuell gjennomgang. Det er tungvindt og arbeidskrevende å trekke ut saker med enkelte problemstillinger og gjøre en grundig vurdering av praksis rundt disse.

Det burde vært mer forskning på det utlendingsrettslige feltet, og det er ikke et prioritert felt innenfor rettsvitenskapen. Dette sjøl om utlendingsrett er et politisk felt med mye offentlig debatt. Det er et område hvor det stadig skjer regelendringer for å imøtekomme ulike utfordringer, og for de mange som berøres av forvaltningens avgjørelser er vedtakene av stor velferdsmessig betydning. Åpenhet om forvaltningens praksis er viktig både på grunn av rettssikkerhetsmessige og politiske hensyn som gjør seg gjeldende på rettsområdet. Dessuten er det et felt som en stor andel jurister møter i sin arbeidshverdag, enten som saksbehandlere i forvaltningen, advokater/rettshjelpere eller dommere.

Vi mener på denne bakgrunnen at utlendingsforvaltningen bør forbedre sitt registreringssystem. Det vil bidra til at forvaltningen kan gjøre bedre kvalifiserte vurderinger av de innvandringspolitiske konsekvensene av sin praksis, og være til hjelp for lovgiver ved vurdering av lov- og forskriftsendringer. Det er også nødvendig for både å tilrettelegge for mer empirisk forskning.

8.4 "Skjulte regler"

Hensynet til en effektiv saksbehandling og likebehandlingsprinsippet, taler for at det kan være positivt at saksbehandlerne legger stor vekt på praksis. Problemet er at man etter hvert kan innsnevre skjønnnet fordi man lager egne regler i forhold til enkelte vurderingsmomenter. I en artikkel¹⁸⁴ fra 1973 hevder Eckhoff/Dahl Jacobsen at når de kriteriene som styrer avgjørelsen blir få og stabile foreligger det en praksis. De sier at resultatet kan bli at de beslutningskriteriene, der avgjørelsen er overlatt til saksbehandlerens skjønn, kan bli færre og mindre relevante, enn om beslutningen styres av regler som er fastsatt på forhånd. Et eksempel på dette i vårt datamateriale er den såkalte tommelfingerregelen i UDI som gikk ut på at man tok utgangspunkt i en 15-årsgrense for om alder som moment skulle bikke i retning av dispensasjon av underholdskravet eller ikke. Et annet problem igjen er at en slik praksis vil være skjult for søker, og eventuell rettshjelper, slik at det kan være vanskelig å forutse sin rettsstilling.

”Skjulte regler” i forvaltningen har også blitt trukket fram som en problemstilling i andre undersøkelser av forvaltningens praksis. Dette gjelder bl.a. undersøkelser vedrørende utvisning¹⁸⁵, oppholdstillatelse på grunnlag av sterke menneskelige hensyn¹⁸⁶ og fengselsretten.¹⁸⁷ Vi mener det er interessant å knytte noen bemerkninger til denne problemstillingen også i vår undersøkelse.

I svært mange av vedtakene vi har gått igjennom vises til det til at ”etter gjeldende praksis” skal ”svært tungtveiende grunner” til for å dispensere fra underholdskravet eller at dispensasjonshjemmelen er ”en snever unntaksregel”. Dette gjelder både hos UDI og UNE. Som oftest bruker UNE den første formuleringen, mens UDI bruker den andre, med dette er ikke konsekvent. Dette taler for at utlendingsmyndighetene i skønnsvurderingen er svært opptatt av forvaltningspraksis.

¹⁸⁴ Artikkel i Stig Edling og Göran Elwin, ”Rättssociolog”, side 79

¹⁸⁵ Bolstad og Palm Hansen, ”Utvisning 2001”, 2003

¹⁸⁶ Jensen og Nyhus, ”Humanitetshensyn i Utlendingsretten”, 2004

¹⁸⁷ Wallan, ”Politiopplysninger hos fengselsmyndighetene”, 2004

Det er flere argumenter for at forvaltningen til en viss grad skal styre regelanvendelsen. Særlig i forvaltningsorganer som UDI og UNE, som skal behandle mange saker og arbeider under et stort effektivitetspress, vil man kunne se at regelanvendelsen i stor grad styres. Dette er også noe Eckhoff/Smith¹⁸⁸ har påpekt. Som tidligere nevnt hadde verken UDI eller UNE egne praksisnotat på hvordan det ”særlig sterke menneskelige hensyn”-skjønnnet skal vurderes. Men gjennom samtaler med saksbehandlerne og ved å gjennomgå vedtakene, virker det som den viktigste rettskilden for vurdering av disse sakene er forvaltningspraksis. Hos UNE, som har en forholdsvis oversiktlig saksmengde, ble vi fortalt at dersom saksbehandlerne fikk en sak hvor denne problemstillingen kom på spissen, gikk vedkommende saksbehandler gjennom tidligere vedtak hvor denne vurderingen har vært vurdert. Dette går også fram av vedtakene, ved at de samme formuleringene går igjen. Det at utlendingsforvaltningen legger så stor vekt på tidligere praksis, kan medføre at konkrete individuelle vurderinger i hver enkelt sak ikke blir godt nok ivaretatt.

¹⁸⁸ Eckhoff/Smith op cit side 142 og 143

KILDELISTE

Vedtak og saksdokumenter:

45 vedtak med saksdokumenter i UDI

70 vedtak med saksdokumenter i UNE

Intervjuer:

8 saksbehandlere og underdirektører i UDI, fordelt på de tre familiegjenforeningsenhetene

3 saksbehandlere og nemndledere i UNE (hvorav ett skriftlig intervju)

Lover og forskrifter:

Norske lover:

Lov av 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettslova) med tilhørende konvensjoner

Lov av 4. juli 2003 nr. 80 om introduksjonsordning og norskopplæring for nyankomne innvandrere (introduksjonsloven)

Lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)

Forskrifter:

Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften),
21.12.1990

Utenlandske lover:

Utlänningslaget (den svenske utlendingsloven)

Udlændingeloven (den danske utlendingsloven)

Council directive 2003/86/EF of 22 September 2003 on the right to family reunification
(EUS familiegjenforeningsdirektiv)

Forarbeider:

NOU:

NOU 1983:47 Ny fremmedlov

NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester mv.

NOU 2004:20 Ny utlendingslov

Odelstingsproposisjoner:

Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her
(utlendingsloven)

Ot.prp. nr. 28 (2002-2003) Om lov om introduksjonsordning for nyankomne innvandrere
(introduksjonsloven)

Ot.prp. nr. 4 (2004-2005) Om lov om endringer i utlendingsloven (menneskesmugling
m.m.)

Ot.prp. nr. 31 (2004-2005) Om lov om endringer i utlendingsloven m.m. (styringsforhold
på utlendingsfeltet)

Ot.prp.nr.40 (2006-2007) Utlendingsloven (senking av terskelen for omgjøring av vedtak)
(endringslov)

Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her
(utlendingsloven)

Innstillinger til Odelstinget:

Inst. O. nr. 92 (1987-1988)

Inst. O. nr. 103 (2002-2003) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om introduksjonsordning for nyankomne innvandrere (introduksjonsloven)

Inst. O. nr. 68 (2004-2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i utlendingsloven m.m. (styringsforhold på utlendingsfeltet)

Inst. O. nr. 42 (2007-2008) Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Høringsbrev:

Om innføring av underholdskrav for familiemedlemmer av de med oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, høringsbrev fra KRD, 03.02.2003

Endringer i utlendingsforskriften - kravet til underhold i familiegjeningssaker og vilkår om sykeforsikring for 9-måneders oppholdstillatelse, høringsbrev fra KRD, 06.05.2005

Rundskriv, praksisnotater og interne retningslinjer:

Rundskriv UDI 03-06 OPA

Rundskriv UDI 2005-037 OPA

Betydningen av ”barnets beste” i asylsaker, praksisnotat UNE av 11.04.2007

Internt notat UNE av 21.09.04: Særlig sterke menneskelige hensyn ved unntak av underholdskravet, jf. utlendingsforskriftens § 25 tredje ledd (unntatt offentlighet)

Internt notat UDI av 08.04.2006: Dispensasjon – underholdskrav for barn – notat, UP-2006-010 (unntatt offentlighet)

Rettsavgjørelser:

Høyesterett:

Rt. 1981 s. 745 (Isenedommen)

Rt. 1985 s. 1427 (naturfredningsdommen)

Rt. 1995 s. 72 (utvisningsdom 1)
Rt. 1997 s. 1784
Rt. 1998 s. 1795 (utvisningsdom 2)
Rt. 2000 s. 591 (utvisningsdom 3)
Rt. 2003 s. 1287
Rt. 2004 s. 1092 (reindommen)
Rt. 2005 s. 229 (utvisningsdom 4)
Rt. 2007 s. 257 (Trallfadommen)
HR-2007-01869-A (Krekardommen)
HR-2008-450-U (henvisning av LB-2007-35224)

Lagmannsretten:

LB-2003-1367
LB-2007-35224

Tingretten:

TOSLO-2004-8089
TOSLO-2007-93028

EMD:

Abdulaziz, Cabales og Baklandali mot Storbritannia (1985)
Gül mot Sveits (1996)
Ahmut mot Nederland (1996)
Şen mot Nederland (2001)
Tuquabo-Tekle og andre mot Nederland (2005)

Uttalelser:

Justisdepartementets Lovavdeling

JDLOV 2002-10884, *Partsrettigheter og klagerett i familiegjenforeningssaker*, uttalelse fra

Justisdepartementets lovavdeling av 22.07.04
JDLOV-2004-3238, *Krav til underhold i familiegjenforeningssaker*, uttalelse fra
Justisdepartementets lovavdeling av 05.07.04
JDLOV-2006-2290a, *Spørsmål knyttet til når et vedtak kan anses som ugyldig*, uttalelse fra
justisdepartementets lovavdeling av 21.03.06

Sivilombudsmannen

Somb-1996-55 (1996 s. 190), Sivilombudsmannens årsmelding, referat av saker:
Oppholdstillatelse i familiegjenforeningsøyemed for to barn
Somb-1999-71 (1999 s. 231), Sivilombudsmannens årsmelding, referat av saker:
Oppholdstillatelse, spørsmål om det forelå sterke menneskelige hensyn
Somb-2000-47 (2000 s. 181), Sivilombudsmannens årsmelding, referat av saker:
Familiegjenforening – søknad fra riket på vegne av barn i utlandet

Juridisk litteratur:

Bøker:

Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf: *Frihagens forvaltningsrett, bind 1*,
Fagbokforlaget og Forlaget A. Frihagen A/S 2003
Boe, Erik: *Oversikt over forvaltningsretten*, NKS-forlaget 1993
Boe, Erik: *Innføring i Juss, Juridisk tenkning og rettskildelære*, forlag 1996
Breen, Claire: *The Standard of the Best Interests of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers,
2002
Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind: *Forvaltningsrett* 8. utgave, Universitetsforlaget 2006
Freeman, Michael D.A.: *Children's Rights Volume 1*, Ashgate Dartmouth 2004
Dalen, Monica: *Intervju som forskningsmetode – en kvalitativ tilnærming*,
Universitetsforlaget 2004
Danelius, Hans: *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, Norstedts Juridik 1992

Detrick, Sharon: *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999

Fisknes, Eli: *Utlendingsloven kommentarutgave*, Universitetsforlaget 1994

Graver, Hans Petter: *Materiell forvaltningsrett*, Universitetsforlaget 1996

Graver, Hans Petter: *Forvaltningsprosessen*, Universitetsforlaget 1996

Graver, Hans Petter: *Alminnelig forvaltningsrett*, Universitetsforlaget 2007

Grønmo, Sigmund: *Samfunnsvitenskapelige metoder*, Fagbokforlaget 2004

Høstmælingen, Njål: *Internasjonale menneskerettigheter*, Universitetsforlaget 2003

Høstmælingen, Njål: *Internasjonale menneskerettigheter konvensjons- og lovsamling*, Universitetsforlaget 2004

Møse, Erik: *Menneskerettigheter*, 2. utgave, Cappelen Akademiske forlag 2002

Tvedt, Morten Walløe, Berge, Roar og Marqvardsen, Sindre Gjertsen: *Hvordan forstå materiell forvaltningsrett*, Cappelen Akademisk forlag 2005

Vevstad, Vigdis: *Utviklingen av et felles europeisk asylsystem: jus og politikk*, Universitetsforlaget 2006

Vandvik, Bjørn, Bunæs, Runa og Kvigne, Kristin Ottesen: *Utlendingsrett*, Universitetsforlaget 2004

Woxholth, Geir: *Forvaltningsloven med kommentarer*, Gyldendal Akademisk 2006

Juridiske artikler:

Boe, Erik: *Hvor fritt er det frie forvaltningsskjønnet?*, Jussens Venner 1981 s. 37

Boe, Erik: *Utviklingslinjer i forvaltningsretten*, Lov og Rett 1989 s. 51

Boe, Erik: *Fusadommen i forvaltningsrettslig og rettsteoretisk perspektiv*, Lov og Rett 1991 s. 323

Boe, Erik: *Domstolskontroll med forvaltningen: Åpne fullmakter og Høyesteretts svar i 90-årene*, Lov og Rett 1994 s. 323

Boe, Erik: *Hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen?*, Lov og Rett nr. 2 2007

Echoff, Torstein, og Jacobsen, Knut Dahl, *Ansvar och rationalitet i politiskt och juridiskt beslutsfattande*, i Edling, Stig og Elwin, Göran (Red), *Rättssociologi*, Wahlström&Widstrand förlag, Stockholm 1973

- Einarsen, Terje: *Internasjonale konvensjoner forplikter – hvilke rettigheter har fremmede barn?* Jussens Venner 1992 s. 9
- Einarsen, Terje: *Utlänningslagstiftning och mänskliga rättigheter*, Förhandlingarna vid Det 36 nordiske juristmøtet i Helsingfors 15-17 augusti, 2002
- Einarsen, Terje: *Familieinnvandring, tvangsekteskap og politikk*, Festskrift om Menneskerettigheter til Carl Aage Nørgaard, 2004
- ONHCR Migration Papers, *Family reunification*, november 2005
- Lawson, Rick: *Family Reunification and the Union's Charter of Fundamental Rights, Judgment of 27 June 2006, Case C-540/03 Parliament v. Council*, European Constitutional Law Review, 3:324-342, 2007
- Peers, Steve: *Key Legislative Developments on Migration in the European Union*
- Myhre, Jonas W: *Behov for økt domstolskontroll av utlendingsforvaltningen*, Lov og Rett nr 2 2008

Avhandlinger:

- Bailliet Cecilia: *Grensen mellom asyl og beskyttelse på humanitært grunnlag*, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 6/2004
- Bjørnstad, Hanne: *Hensynet til barnets beste ved familiejenforening mellom barn og foreldre* DUO, 2006
- Bolstad, Gunhild og Hansen, Irene Palm: *Utvvisning 2001*, Juss-Buss/IKRS stensilserie nr: 89, 2003
- Jensen, Kjersti Cecilie og Nyhus, Marie: *Humanitetshensyn i utlendingsretten*, Juss-Buss/IKRS stensilserie nr: 95, 2004
- Nervik, Camilla Gullborg: *Utlendingssaker – forholdet til barnekonvensjonen og barnelovgivningen*, 2004
- Wallann, Kristoffer: *Politiopplysninger hos fengselsmyndigheten – skyldig inntil det motsatte er bevist*, DUO, 2003
- Østli, Ragnhild Maria: *Betydningen av "barnets beste" i asylsaker*, DUO, 2007

Rapporter:

Evaluering av Utlendingsnemnda, Hovedrapport mars 2003. Til kommunal og regionaldepartementet, utgitt av rhKnoff i samarbeid med Agenda Utredning og Utvikling og dr juris Jan Fridtjof Bernt

Tall og fakta 2006, UDI

UNEs årbok 2001-2002

UNEs årbok 2003

UNEs årbok 2004

UNEs årbok 2005

UNEs årbok 2006

Underholdskravet i utlendingsforskriften § 256 fjerde ledd – en evaluering av endringen innført i mai 2003 Avdeling for faglig Strategi og Koordinering (UDI), 2005

UNHCR Advisory on the Return of Somali Nationals to Somalia (november 2005)

UNHCR position on the return of rejected asylum-seekers to Somalia (januar 2004)

Annual Policy Report 2006 by European Migration Network, oktober 2006

Møter:

25.09.2007: MR-forum på Senter for menneskerettigheter, om barn og den nye utlendingsloven

15.10.2007: Beate Holter, fungerende underdirektør og Kari Stokkeland, UDI

24.10.2007 og 11.01.2008: Leif Petter Olaussen, førsteamanuensis på institutt for kriminologi og rettssosiologi

22.11.2007: Kate Chapman, forskningsansvarlig, UDIs avdeling for faglig strategi og koordinering, Dag Bærvahr, underdirektør UDI m fl

05.12.2007: Elisabeth Gording Stang, forsker Norsk senter for menneskerettigheter

08.01.2008: Cecilia Baillet, førsteamanuensis på Institutt for offentlig rett

11.01.2008: Erik Boe, professor på Institutt for offentlig rett

15.01.2008: Terje Einarsen, postdoktor Universitetet i Bergen, forfatter og lagdommer i Gulating lagmannsrett

16.01.2008: Kristin Ryan, førstekonsulent i Lovavdelingen, Justisdepartementet

Andre kilder:

- Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, United Nations Children's Fund 2002, (UNICEF)
- Tildelingsbrev fra AID til UDI for 2008
- Tildelingsbrev fra AID til UNE for 2008
- Barnets beste og regulert innvandring – en motsetning?* Bakgrunnsnotat til UDIs vårkonferanse 2006
- Artikkelsamling 2001-2005, UNE 2005
- Kravet til sikret underhold i saker hvor barn søker familiegjennforening med foreldre i Norge, brev fra UDI til KRD 15.04.05
- Spørsmål om krav om underhold for barn som søker familiegjennforening, brev fra KRD til UDI 27.04.05
- Utrop, *UDI splitter familier*, publisert 13.03.06 på <http://www.utrop.no/art.html?artid=8904&catid=1>
- Westlaw
- Faktablad om opphållstillstand, familjebåndknytning, migrationsverket
- ECRE Information Note on the Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification, European Council on Refugees and Exiles, November 2003
- Notat om rækkevidden af artikel 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) i familiesammenføringsager, hvor ansøger kommer fra et land, hvor de generelle forhold afviger væsentligt fra vestlige standarder, Udlændingestyrelsen 2007
- Afgørelser fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vedrørende artikel 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og familiesammenføring med børn, Ministeriet for flygtninge, indvandrere og integration, januar 2007
- www.nyidanmark.dk

Lister over tabeller og figurer m v

Diagrammer

Diagram 5.1. Dispensasjon fra underholdskravet

Diagram 5.2. Saker 2005 etter resultat og instans

Diagram 5.3. Saker 2006 etter resultat og instans

Diagram 5.4. Behandlingsform hos UNE

Diagram 5.5. Personkrets

Diagram 5.6. Hvem er herboende

Diagram 5.7. Søker familieegjenforening ifølge med voksen

Diagram 5.8. Hva slags oppholdsgrunnlag har herboende

Diagram 5.9. Saksbehandlingstid fra framsatt søknad til siste vedtak

Diagram 5.10. Saksbehandlingstiden for saker avgjort av UDI

Diagram 5.11. Fordeling av jenter og gutter i saksutvalget

Diagram 5.12. Nasjonalitet

Diagram 5.13. Alder på søkerne (vedtakstidspunktet)

Diagram 5.14. Rettshjelper

Diagram 5.15. Rettshjelpers innsats

Diagram 6.1. Humanitære og sosiale forhold i oppholdslandet

Diagram 6.2. Oppholdsland utenfor hjemlandet

Diagram 6.3. Søker i følge med søsken

Diagram 6.4. Søker i følge med søsken over 15 år

Diagram 6.5. Søker i følge med andre mindreårige barn

Diagram 6.6. Omsorgspersoner i hjemlandet (anførsler)

Diagram 6.7. Omsorgspersoner i oppholdslandet (anførsler)

Diagram 6.8. Omsorgspersoner i oppholdslandet (vurderinger)

Diagram 6.9. Omsorgspersoner i hjemlandet (vurderinger)

Diagram 6.10. Behandlingsform i UNE § 23

Diagram 6.11. Behandlingsform i UNE § 24

Figurer

Figur 5.1. Gjennom snittlig saksbehandlingstid hos UDI for alle familiegjenforeningssaker

Vedlegg

1. Skjema for innhenting av opplysninger
2. Intervjuguide
3. Samtykkeerklæring
4. Søknad om innsyn til AID
5. Samtykke til dispensasjon fra taushetsplikt fra AID
6. Prosjektvurdering og tilråding av behandling av personopplysninger fra Norsk Samfunnsvitenskapelig Datatjeneste
7. Kravet til sikret underhold i saker hvor barn søker familiegjenforening med foreldre i Norge, brev fra UDI til KRD 15.04.05
8. Spørsmål om krav om underhold for barn som søker familiegjenforening, brev fra KRD til UDI 27.04.05
9. Oversikt over norske, svenske, danske regler og EUs familiegjenforeningsdirektiv: Personkrets, barn
10. Oversikt over norske, svenske, danske regler og EUs familiegjenforeningsdirektiv: Underholdskrav for barn

Vedlegg 1

Skjema for innhenting av opplysninger

1. Saksnummer (1-500)
2. Type søknad
3. Søker sammen med noen voksne som ikke er foreldre
4. Søker sammen med andre mindreårige
5. Hva slags oppholdsgrunnlag har herboende referanse?
6. Resultat
7. Instans som fattet vedtak i 2006/2005
8. Hva slags søknad?
9. Hvor lang har separasjonstiden fra herboende omsorgsperson vært?

Personalia

10. Kjønn
11. Fødselsår
12. Borger av

Rettshjelper/media

13. Type rettshjelper (prosessfullmektig)
14. Bytte av rettshjelper (prosessfullmektig 2)
15. Bytte rettshjelper (prosessfullmektig 3)
16. Bytte rettshjelper (prosessfullmektig 4)
17. Rettshjelpers innsats
18. Sak brakt inn på politisk plan/media

Saksbehandling og hjemmel

19. Personkrets i vedtak ved innvilgelse
20. Personkrets i vedtak ved avslag
21. Hjemmel for underholdskravet ved innvilgelse
22. Underhold sikret
23. Bolig sikret
24. Er vedtaket påklaget
25. Er vedtaket omgjort i UDI
26. Resultat UDI (før vurdering av omgjørelse)
27. Resultat UDI (etter vurdering av omgjørelse)
28. Vedtak i UNE
29. Omgjøringsbegjæring i UNE
30. Behandlingsform hos UNE

- 31. Nemndsmøte og dissens
- 32. Saksbehandlingstid fra framsatt søknad til siste vedtak

Søkergrunnlag og dokumentasjon (anførsler)

- 33. Støtteskriv (ikke klage)
- 34. Barnefaglige uttalelser
- 35. Legeerklæring
- 36. Omsorgspersoner i hjemlandet
- 37. Manglende omsorgspersoner i oppholdslandet
- 38. Psykiske helseproblemer søker
- 39. Psykiske helseproblemer herboende referanse
- 40. Psykiske helseproblemer omsorgsperson i hjemlandet/oppholdslandet
- 41. Fysiske helseproblemer søker
- 42. Fysiske helseproblemer herboende referanse
- 43. Fysiske helseproblemer omsorgsperson i hjemlandet/oppholdslandet
- 44. Oppholder seg i annet land enn hjemlandet
- 45. Oppholdsland
- 46. Humanitære og sosiale forhold i hjemlandet
- 47. Sikkerhetsmessig situasjon i hjemlandet
- 48. Humanitære forhold og sosiale forhold i oppholdslandet
- 49. Sikkerhetsmessig situasjon i oppholdslandet
- 50. Påberopt barnekonvensjonen
- 51. Påberopt EMK
- 52. Påberopt andre konvensjoner
- 53. Alder på søker (anførsler)
- 54. Alder på søker på vedtakstidspunktet
- 55. Er sammen med søsken?
- 56. Er noen av søsknene søker søker sammen med over 15 år (men under 18)?
- 57. Henvisning i vedtaket/interne merknader til EMK
- 58. Henvisning i vedtaket/interne merknader til barnekonvensjonen
- 59. Henvisning i vedtaket/interne merknader til andre konvensjoner
- 60. Omsorgspersoner i hjemlandet?
- 61. Omsorgspersoner i oppholdslandet?

Utlendingsmyndighetenes vurderinger

- 62. Psykiske helseproblemer søker
- 63. Psykiske helseproblemer herboende referanse
- 64. Psykiske helseproblemer omsorgsperson i hjemlandet/oppholdslandet
- 65. Fysiske helseproblemer søker
- 66. Fysiske helseproblemer herboende referanse
- 67. Fysiske helseproblemer omsorgsperson i hjemlandet/oppholdslandet
- 68. Omsorgsevne herboende referanse
- 69. Omsorgsevne til omsorgsperson i hjemlandet/oppholdslandet

- 70. Oppholder seg i et annet land enn hjemlandet
- 71. Humanitære og sosiale forhold i hjemlandet
- 72. Sikkerhetmessig situasjon i hjemlandet
- 73. Humanitære og sosiale forhold i oppholdslandet
- 74. Sikkerhetmessig situasjon i oppholdslandet
- 75. Underholdskravet bortfaller om kort tid pga BOS (maks 6 mnd)
- 76. Uten/med omsorgspersoner i hjemlandet/oppholdslandet
- 77. Innvandringspolitiske hensyn
- 78. Mulig å gjenforenes i hjemlandet?
- 79. Mulig å gjenforenes i hjemlandet/oppholdslandet (vurderinger)
- 80. Mulig å gjenforenes i oppholdslandet?
- 81. Voksne som har kontakt med barna
- 82. Voksne som har kontakt med barna (vurderinger)
- 83. UDI/UNE vurderer søker som voksen
- 84. UDI/UNE vurderer søker som voksen (vurderinger)

Vedlegg 2

Intervjuguide

Personalia

Hvor lenge har du jobbet i UDI/UNE?

Hvor lenge har du jobbet med familieforening?

Hva slags utdanning har du?

Om familieforening og barn, og vurderingen særlig sterke menneskelige hensyn

Vi skriver om tilfellene hvor barn er igjen alene i hjemlandet/oppholdslandet, og søker familieforening med foreldre som har opphold i Norge, og hvor underholdskravet ikke er oppfylt. Opplever du at denne situasjonen oppstår ofte i din saksbehandling?

Når denne situasjonen oppstår, vurderes det å dispensere fra underholdskravet etter særlig sterke menneskelige hensyn.

Kan du fortelle om hva som blir lagt vekt på i denne vurderingen?

Kan du si noe om hvor terskelen for dispensasjon ligger?

Kan du fortelle om hva utlendingsforvaltningen legger i innvandringspolitiske hensyn?

Kan du si noe om hvordan utlendingsmyndighetene samordner praksisen ift særlig sterke menneskelige hensyn? Hvis du er i tvil i en sak, hva gjør du?

Kan du si litt om hvordan uenighet mellom saksbehandler og fagansvarlig løses?

Mener du det er forskjell i praktiseringa av unntaksbestemmelsen særlig sterke menneskelige hensyn, avhengig av om personkretsen faller inn under uf § 23 eller uf § 24?

Saksbehandling

I vedtakene går det igjen at man avslår når underholdskravet ikke er oppfylt, uten å vurdere om søkeren faller inn under personkretsen. Kan du fortelle litt om hva du mener det har å si for skjønnsvurderingen?

Vi har hørt at utlendingsforvaltningen bruker standarden ”godt nok”-prinsippet i sine vedtak. Brukes dette fortsatt? Kan du fortelle litt om hva som ligger i denne standarden?

Kan du fortelle litt om fokuset utlendingsforvaltningen har på menneskerettigheter og barnekonvensjonen?

Kan du si noe om hva dere legger i standarden barnets beste?

Kan du si noe om bruk av barnefaglig kompetanse og barnefaglige uttalelser?

Kan du si litt om hva dere legger i vurderingene knyttet til EMK art 8 om retten til familieliv?

I en del saker er det en rettshjelper inne. Kan du si litt om hva slags betydning det har hatt i saker som du har behandlet?

UNE:

Hva skiller saker som behandles av sekretariatet alene og av nemndleder?

Forekommer det at man ved behandling i sekretariatet finner ut at saken heller skulle vært hos nemndleder?

Spørsmål til nemndledere:

Hva skal til for at saken kommer for nemndmøte?

Vedlegg 3

Samtykkeerklæring

Forespørsel om å delta i intervju

Vi er to juridiske studenter som skal skrive en 120 studiepoengs spesialoppgave ved det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo. Avhandlingen skrives som en del av masterstudiet i rettsvitenskap.

Tema for oppgaven er hvordan barnets beste-vurderingen vektlegges i familiegjenforeningssaker hvor underholdskravet ikke er oppfylt, og det må vurderes om det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn

Nærmere om den konkrete problemstillingen:

Innenfor utlendingsrett er det en rekke problemstillinger som angår barn, knyttet både til asyl, familiegjenforening og utvisning, med svært mange saker innenfor de ulike grupper. Vi har valgt å avgrense vår problemstilling til barn i familiegjenforeningssaker, og fokuserer på om det økonomiske underholdskravet forhindrer barn fra å få opphold med sine foreldre.

For å få familiegjenforening stilles vanligvis krav om underhold (tilsvarende lønnstrinn 1 ca 170 000 kr). Dette kravet stilles også i saker hvor barn i utlandet søker familiegjenforening med foreldre i Norge. Resultatet er at barn ofte får avslag på familiegjenforening med sine egne foreldre, fordi de ikke oppfyller underholdskravet. Dette skjer selv om barna er uten omsorgspersoner i hjemlandet. Unntak fra underholdskravet kan gjøres dersom det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn. Gjennom en empirisk undersøkelse ønsker vi å kartlegge hva som skal til for at det gjøres unntak fra økonomiske krav for å kunne samle familien i Norge.

Hensynet til barnets beste skal være en del av denne vurderingen. Et sentralt tema i oppgaven vil derfor bli å finne ut i hvilken grad dette gjør seg gjeldende, og hvordan forpliktelsene i barnekonvensjonen er ivaretatt. Jurisdiksjonen for barnekonvensjonen gjelder barn som oppholder seg i Norge, men allikevel har man også lagt vekt på barnets beste-vurderinger i sakene hvor foreldre bor i Norge og barn søker seg hit. Både barnekonvensjonen og den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) vektlegger familiens enhet, og foreldrene i Norge har rett til familieliv etter EMK art. 8. Det er et uavklart spørsmål i hvilken grad Norge har et ansvar for barn som har en tilknytning til Norge ved at deres foreldre har fått opphold her.

Vi ønsker å se på hvordan utlendingsmyndigheter vurderer tilfredsstillende omsorgssituasjon i hjemlandet. Erfaringen viser at mange barn blir ivaretatt av gjenværende syk forelder, gammel bestemor, en nabo etc.

Når foreldrene har fått bosettingstillatelse i Norge, får barna uansett et krav på familiegjenforening fordi kravet til underholdskravet da bortfaller. Vi ønsker å se om dette er et moment i vurderingen av unntak for underholdskravet.

Om intervjuene:

I tillegg til å gå igjennom saker som er avgjort av Utlendingsdirektoratet (UDI) og Utlendingsnemnda (UNE), ønsker vi også å foreta intervju med saksbehandlere hos UDI og UNE. Spørsmålene vil dreie seg om regelverk, og vurdering av utlendingsmyndighetenes praksis.

Vi vil bruke båndopptaker og ta notater mens vi snakker sammen. Intervjuet vil ta maks en time, og vi blir sammen enige om tid og sted. Det er frivillig å være med og du har mulighet til å trekke deg underveis, uten å måtte begrunne dette nærmere. Dersom du trekker deg vil alle innsamlede data fra deg bli slettet. Opplysningen vil bli behandlet konfidensielt, og opplysningene anonymiseres og opptakene slettes når oppgaven er ferdig, i løpet av mai 2008.

Dersom du har lyst til å være med på intervjuet, må du signere samtykkeerklæringen nedenfor.

Studien er meldt til Personvernombudet for forskning, Norsk samfunnsvitenskapelig datatjeneste A/S.

Hvis det er noe du lurer på, kan du ringe oss på 97 60 15 73 (Kine) eller 99 70 80 56 (Tine), eller du kan sende en e-post til kine.horsbol@stortinget.no eller tine.larsen@student.jus.uio.no. Du kan også kontakte vår veileder, Professor Kirsten Sandberg ved Institutt for offentlig rett på telefonnummer 22 85 94 19.

Med vennlig hilsen

Kine S. Horsbøl og Tine Larsen

SAMTYKKEERKLÆRING

Jeg har mottatt informasjon om studien om utlendingsmyndighetenes praksis i familiegjenforeningssaker som gjelder barn og ønsker å stille på intervju.

Signatur_____

Telefonnummer_____

Vedlegg 4

Arbeids- og inkluderingsdepartementet
v/ ekspedisjonssjef Thor Arne Aass
Postboks 8019 Dep
0030 OSLO

23.04.07

SØKNAD OM INNSYN I SAKER VEDRØRENDE UTENLANDSKE BARNs RETT TIL FAMILIEGJENFORENING MED FORELDRE BOSATT I NORGE, JFR UTLENDINGSLOVEN § 9, JFR UMLENDINGSFORSKRIFTEN §§ 22, 23 OG 25

Vi er to juridiske studenter som skal skrive en 120 studiepoengs spesialoppgave ved det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo. Avhandlingen skrives som en del av masterstudiet i rettsvitenskap. Det søkes om innsyn i saker hvor barn i utlandet søker familiegjefnforening med foreldre i Norge. Vi ønsker å se på hvordan barnets beste-vurderingen vektlegges i saker hvor underholdskravet ikke er oppfylt og det må vurderes om et foreligger særlig sterke menneskelige hensyn.

Nærmere om den konkrete problemstillingen:

Innenfor utlendingsrett er det en rekke problemstillinger som angår barn, knyttet både til asyl, familiegjefnforening og utvisning, med svært mange saker innenfor de ulike grupper. Når vi skal gå igjennom praksis hos forvaltningen, må vi avgrense temaet. Vi har valgt å avgrense vår problemstilling til barn i familiegjefnforeningssaker, og fokuserer på det økonomiske underholdskravet forhindrer barn fra å få opphold med sine foreldre.

For å få familiegjefnforening stilles vanligvis krav om underhold (tilsvarende lønnstrinn 1 ca 170 000 kr). Dette kravet stilles også i saker hvor barn i utlandet søker familiegjefnforening med foreldre i Norge. Resultatet er at barn ofte får avslag på familiegjefnforening med sine egne foreldre, fordi de ikke oppfyller underholdskravet. Dette skjer selv om barna er uten omsorgspersoner i hjemlandet. Unntak fra underholdskravet kan gjøres dersom det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn. Gjennom en empirisk undersøkelse ønsker vi å kartlegge hva som skal til for at det gjøres unntak fra økonomiske krav for å kunne samle familien i Norge.

Hensynet til barnets beste skal være en del av denne vurderingen. Et sentralt tema i oppgaven vil derfor bli å finne ut i hvilken grad dette gjør seg gjeldende, og hvordan forpliktelsene i barnekonvensjonen er ivaretatt. Jurisdiksjonen for barnekonvensjonen gjelder barn som oppholder seg i Norge, men allikevel har man også lagt vekt på barnets beste-vurderinger i sakene hvor foreldre bor i Norge og barn søker seg hit. Både barnekonvensjonen og den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) vektlegger familiens enhet, og foreldrene i Norge har rett til familieliv etter EMK art. 8. Det er et uavklart spørsmål i hvilken grad Norge har et ansvar for barn som har en tilknytning til Norge ved at deres foreldre har fått opphold her.

Vi ønsker å se på hvordan utlendingsmyndigheter vurderer tilfredsstillende omsorgssituasjon i hjemlandet. Erfaringen viser at mange barn blir ivaretatt av gjenværende syk forelder, gammel bestemor, en nabo etc.

Når foreldrene har fått bosettingstillatelse i Norge, får barna uansett et krav på familiegjenforening fordi kravet til underholdskravet da bortfaller. Vi ønsker å se om dette er et moment i vurderingen av unntak for underholdskravet.

Vi ønsker innsyn i saker med vedtak fattet i 2006 fra begge instanser, herunder innvilgelser og saker som er avslått. For å få til et representativt utvalg må vi fortløpende vurdere om vi bør utvide innsynet til også saker som gjelder 2004 og 2005. Vi ønsker også å foreta intervjuer med sentrale personer i forvaltningen.

Om søkerne:

Tine Larsen og Kine Sperre Horsbøl studerer jus ved juridisk fakultet ved Universitetet i Oslo. Vi har begge erfaring fra arbeid med utlendingsrettslige problemstillinger:

- begge har arbeidet på innvandringsgruppa på Juss-Buss og bistått i utlendingssaker.
- Begge har siden 2005 sittet i Utlendingsnemnda som nemndsmedlemmer og vært med på å behandle utlendingssaker.
- Tine Larsen jobber for tiden i Advokatforeningens Aksjons- og Prosedyregruppe i utlendingsrett, som har til formål å prøve flere utlendingssaker pro bono for domstolene.

Ferdigstillelse, distribusjon og publisering:

Utredningen vil leveres som 120 studiepoengs avhandling ved masterstudiet i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo våren 2008.

Når oppgavene er ferdige vil de trykkes opp i skriftserien til Juss-Buss. Avhandlingen vil bli distribuert til beslutningstakere, utlendingsforvaltningen, praktiserende utlendingsadvokater og rettshjelpere og andre som vil ha nytte og interesse av arbeidet.

Vi vil også søke å få publisitet rundt våre konklusjoner, blant annet gjennom å skrive artikler til relevante tidsskrifter ol.

Vi antar at det vil være hensiktsmessig med et møte mellom UDI og oss for å avklare den praktiske gjennomføringen av datainnsamlingen.

Spørsmål kan rettes til Tine Larsen på tine.larsen@student.jus.uio.no (99 70 80 56) eller Kine S. Horsbøl på kine.horsbol@stortinget.no (97 60 15 73)

Med vennlig hilsen

Tine Larsen

Kine S. Horsbøl

Tilsvarende brev er sendt UNE og UDI

Vedlegg 5



DET KONGELIGE ARBEIDS- OG INKLUDERINGSDEPARTEMENT

Se vedlagte adresseliste

Deres ref

Vår ref
200702488-/SJG

Dato
28.09.2007

Samtykke til dispensasjon fra taushetsplikt

Vi viser til søknad av 30.04.07 om innsyn i saker hos Utlendingsnemnda (UNE) og Utlendingsdirektoratet (UDI) i forbindelse med masteroppgave ved juridisk fakultet, Universitetet i Oslo. Temaet for oppgaven skal være hvordan barnets beste-vurderingen vektlegges i familiegjennforeningssaker hvor underholdskravet ikke er oppfylt, og det må vurderes om det foreligger særlig sterke menneskelige hensyn. Veileder for oppgaven er Kirsten Sandberg.

Det er bedt om innsyn i saker med vedtak fattet i 2006 fra både UDI og UNE, både innvilgelser og avslag, eventuelt også saker fra 2004 og 2005. Det er bedt om innsyn i alle saksdokumentene. Det er også ønskelig å foreta intervjuer med sentrale personer i forvaltningen.

Søknaden har vært forelagt UNE og UDI for uttalelse.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet stiller seg positiv til søknaden og samtykker til at det dispenseres fra taushetsplikten, jf. forvaltningsloven § 13 d. Når det gjelder ønsket om å intervju sentrale personer i forvaltningen, er dette noe som må avtales direkte med de aktuelle personene.

Innsyn i sakene gis under følgende forutsetninger:

1. Taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 e overholdes. De nødvendige dokumenter for håndtering av taushetsbelagt informasjon undertegnes i UDI og

Postadresse	Kontoradresse	Telefon	Innvandringsavdelingen	Saksbehandler
Postboks 8019 Dep 0030 Oslo	Einar Gerhardsens plass 3	22 24 90 90 Org no.	Telefaks	Susanne Juell Gudbrandsen
		983 887 457	22 24 87 11	

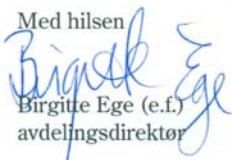
UNE. Eventuelle tillatelser som fordres i denne sammenheng må innhentes hos Datatilsynet.

2. Dokumentene kan ikke kopieres eller tas med ut fra UNEs eller UDIs lokaler, med mindre kopiene er anonymisert i tråd med personopplysningsloven.
3. Data- og personopplysninger anonymiseres ved publisering, og publisering eller offentliggjøring må ikke gjøres i en slik form at enkeltpersoner kan identifiseres.

Departementet er opptatt av at arbeidsmengden for UDI og UNE begrenses så mye som mulig, og at antall saker fastsettes i tråd med dette. Det bes om at UDI og UNE kontaktes for å avklare hvordan utvalget av saker og innsyn i sakene skal skje. UNE har oppgitt rådgiver Christiane H. Lange som kontaktperson (telefon 21 08 51 67, e-post cla@une.no).

Vi har merket oss at den ferdige oppgaven vil bli distribuert til ulike aktører, og ber om å få tilsendt en kopi av denne. Avslutningsvis ønsker vi lykke til med arbeidet.

Med hilsen


Birgitte Ege (e.f.)
avdelingsdirektør


Susanne Juell Gudbrandsen
rådgiver

Kopi:
Utlendingsnemnda
Utlendingsdirektoratet

Vedlegg 6

Norsk samfunnsvitenskapelig datatjeneste AS
NORWEGIAN SOCIAL SCIENCE DATA SERVICES



Harald Hårfagres gate 29
N-5007 Bergen
Norway
Tel: +47-55 58 21 17
Fax: +47-55 58 96 50
nsd@nsd.uib.no
www.nsd.uib.no
Org.nr. 985 321 884

Kirsten Sandberg
Institutt for offentlig rett
Universitetet i Oslo
Postboks 6706 St. Olavs plass
0130 OSLO

Vår dato: 14.11.2007

Vår ref: 17682 / 2 / SF

Deres dato:

Deres ref:

TILRÅDING AV BEHANDLING AV PERSONOPPLYSNINGER

Vi viser til melding om behandling av personopplysninger, mottatt 12.10.2007. Meldingen gjelder prosjektet:

17682

*Gjennomgang av utlendingsmyndighetenes praksis i saker hvor barn søker
familiegjenforening med berboende foreldre*

Behandlingsansvarlig

Universitetet i Oslo, ved institusjonens øverste leder

Daglig ansvarlig

Kirsten Sandberg

Student

Kine S. Horsbøl

Personvernombudet har vurdert prosjektet, og finner at behandlingen av personopplysninger vil være regulert av § 7-27 i personopplysningsforskriften. Personvernombudet tilrår at prosjektet gjennomføres.

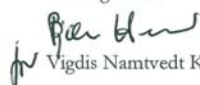
Personvernombudets tilråding forutsetter at prosjektet gjennomføres i tråd med opplysningene gitt i meldeeskjemaet, korrespondanse med ombudet, eventuelle kommentarer samt personopplysningsloven/-helseregisterloven med forskrifter. Behandlingen av personopplysninger kan settes i gang.

Det gjøres oppmerksom på at det skal gis ny melding dersom behandlingen endres i forhold til de opplysninger som ligger til grunn for personvernombudets vurdering. Endringsmeldinger gis via et eget skjema, http://www.nsd.uib.no/personvern/melding/pvo_endringseskjema.cfm. Det skal også gis melding etter tre år dersom prosjektet fortsatt pågår. Meldinger skal skje skriftlig til ombudet.

Personvernombudet har lagt ut opplysninger om prosjektet i en offentlig database, <http://www.nsd.uib.no/personvern/register/>.

Personvernombudet vil ved prosjektets avslutning, 10.04.2008, rette en henvendelse angående status for behandlingen av personopplysninger.

Vennlig hilsen


Vigdis Namtvedt Kvalheim


Solve Fauskevåg

Kontaktperson: Solve Fauskevåg tlf: 55 58 25 83
Vedlegg: Prosjektvurdering
Kopi: Kine S. Horsbøl, Schouterrassen 15, 0573 OSLO

Avdelingskontorer / District Offices:

OSLO: NSD, Universitetet i Oslo, Postboks 1055 Blindern, 0316 Oslo. Tel: +47-22 85 52 11. nsd@uio.no
TRONDHEIM: NSD, Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet, 7491 Trondheim. Tel: +47-73 59 19 07. kym.svana@svt.ntnu.no
TROMSØ: NSD, SVF, Universitetet i Tromsø, 9037 Tromsø. Tel: +47-77 64 43 36. nsdmaa@svt.uit.no

Personvernombudet for forskning



Prosjektvurdering - Kommentar

17682

Personvernombudet har registrert at prosjektgruppen består av Kine S. Horsbøl og Tine Larsen, hvor førstnevnte er registrert som prosjektleder.

Det skal gjøres dokumentanalyse av enkeltsaker i Utlendingsdirektoratet (UDI) og Utlendingsnemnda (UNE), samt gjøres intervju av sentrale personer i forvaltningen.

Det vil i prosjektet behandles sensitive personopplysninger som definert i personopplysningsloven (pol) § 2 punkt 8 a litra e.

Ombudet finner at behandlingen av personopplysninger knyttet til intervjudelen av undersøkelsen kan hjemles i pol § 8 første ledd, samtykke.

Informasjonsskrivet er godt utformet og redegjør for alle sider ved prosjektet.

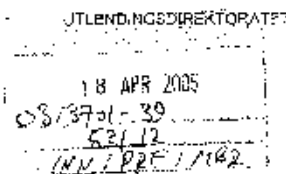
Personvernombudet finner at behandlingen av personopplysninger knyttet til dokumentanalysen kan hjemles i pol §§ 8 d og 9 h. Det vises til følgende: For å få familiegjenforening stilles vanligvis krav om underhold tilsvarende ca. kr 170 000. Kravet stilles også i saker hvor barn i utlandet søker familiegjenforening, noe som resulterer i at barn ofte for avslag på familiegjenforening med sine foreldre. Med foreliggende studie tas det sikte på å avdekke hva som skal til for at det gjøres unntak fra økonomiske krav for å kunne samle familien i Norge. Ved å systematisk analysere en rekke saker med henblikk på barnets beste-vurderinger, vil studien kunne frembringe kunnskap om hvordan vurderingene vektlegges i forhold til unntak fra økonomiske krav i barns søknader om familiegjenforening. Det tas sikte på å publisere resultatene i skriftserien til innvandringsgruppa Juss-Buss og distribuere til blant annet utlendingsforvaltningen og praktiserende utlendingsadvokater, samt i relevante tidsskrift mm. Det skal ikke registreres direkte personidentifiserende opplysninger. Arbeids- og inkluderingsdepartementet har innvilget dispensasjon fra taushetsplikten for tilgang til relevante dokumenter.

Ombudet finner videre, på bakgrunn av utvalgets størrelse samt at det ikke registreres direkte personidentifiserende opplysninger, at varsling er uforholdsmessig vanskelig for denne delen av undersøkelsen, og at prosjektleder dermed kan unntas varslingsplikten, jf. pol § 20 b.

Ved prosjektslutt 10.04.2008 skal datamaterialet anonymiseres. Anonymisering innebærer at direkte og indirekte personopplysninger slettes eller omkodes (grovkategoriseres), samt at lydopptak slettes.

Vedlegg 7

Kommunal- og regionaldepartementet
Postboks 8112 Dep
0032 Oslo



Deres ref:

Vår ref. 05-12118/DHO

Oslo, 15.04.05

KRAVET TIL SIKRET UNDERHOLD I SAKER HVOR BARN SØKER FAMILIEGJENFORENING MED FORELDRE I NORGE

Etter at utlendingsforskriften § 25 ble endret i mai 2003, har Utlendingsdirektoratet sett flere saker hvor utfallet har blitt urimelig. Dette gjelder saker hvor barn søker familiegjennforening med foreldre som ikke har bosetlingsutlatelse i Norge og hvor forelderen ikke oppfyller kravet til underhold. Et eksempel på dette ble omtalt i Aftenposten 13. april 2005.

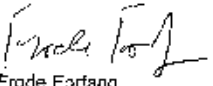
I flere saker kommer barna fra land eller områder med store konflikter og det opplyses i søknaden at barnet er alene og uten nære omsorgspersoner i hjemlandet. Det opplyses videre at omsorgspersonene har forsvunnet eller at de ikke ønsker å ha omsorgsansvaret for barnet lenger. Forelderen i Norge får introduksjonsstønad etter introduksjonsloven, og som departementet er kjent med, er introduksjonsstønaden alene ikke tilstrekkelig til å oppfylle kravet om underhold.

Sett hen til forskriftens ordlyd og grunnene til at underholdskravet ble innført i mai 2003, har direktoratet i saker som nevnt ovenfor kun unntaksvis dispensert fra underholdskravet etter utlendingsforskriften § 25 tredje ledd.

Direktoratet har i brev av 5. februar 2004 også redegjort for en annen problemstilling vedrørende kravet om sikret underhold for barn. Dette gjaldt barn født i riket.

Utlendingsdirektoratet er kjent med at departementet vurderer å innføre et generelt krav til underhold i saker om familiegjennforening. Sett hen til at barn generelt er en sårbar gruppe og at barn som lever uten foreldre eller andre omsorgspersoner er i en særlig sårbart situasjon, mener direktoratet det i utlendingsforskriften må åpnes for at direktoratet i større grad kan gjøre unntak fra kravet om underhold i saker som berører barn.


Torgveit
Direktør


Frode Fortang
Avdelingsdirektør

Postadresse:
Postboks 8112 Dep.
N-0032 OSLO

Besøksadresse:
Habsburggate 21, Oslo
Internett: www.udi.no

Telefon: 22 35 15 00
Telefax: 22 25 16 00

Vedlegg 8

Utlendingsdirektoratet
Postboks 8108 Dep

0032 OSLO

Deres ref

Vår ref
03/3701-40 AVA

Dato
27.04.05

Spørsmål om krav om underhold for barn som søker familiegjennforening

Vi viser til brev datert 15.4.2005.

Departementet vil om kort tid sende på høring forslag til endring av reglene om underholdskrav i utlendingsforskriften. Vi foreslår bl.a. at det som hovedregel ikke stilles krav til sikret underhold når den det søkes familiegjennforening med, eller søkeren er barn. Bakgrunnen for dette er dels erfaringer vi har hatt med regelverket om underhold til i dag, og dels fordi det i mange tilfeller ikke anses rimelig å kreve underhold når søkeren er barn eller herboende referanse.

Departementet ber høringsinstansene ta stilling til to alternative forslag vedrørende situasjonen når barn søker familiegjennforening. Som alternativ 1 foreslår vi at det skal stilles krav til underhold når et barn over 15 år søker familiegjennforening. Forslaget innebærer at dersom søkeren er barn under 15 år, stilles det ikke krav om underhold. Som alternativ 2 foreslår vi at de samme regler gjelder for barn som for ektefeller/partnere/samboere, men ved vurderingen av om særlig sterke menneskelige hensyn er til stede, legges det større vekt på barnets alder enn i dag.

Departementet foreslår for øvrig å opprettholde unntaksbestemmelsene som gjelder der herboende er barn. I tillegg foreslår vi at det ikke bør stilles krav om sikret underhold når hovedpersonen er barn som har fått oppholdstillatelse på humanitært grunnlag på bakgrunn av søknad om asyl.

Som Utlendingsdirektoratet skriver, er vi kjent med at introduksjonsstønad alene ikke er tilstrekkelig til å oppfylle kravet om underhold. Dette skyldes både at full introduksjonsstønad utgjør mindre enn lønnstrinn 1, og fordi praksis er at det ikke legges

vekt på familiens samlede inntekt når den består av introduksjonsstønad. Den siste problemstillingen ble drøftet i et møte mellom direktoratet og departementet 21.11.2003. UDI hadde reist spørsmål ved om en herboende families samlede introduksjonsstønader skal legges til grunn når underholdskravet skal vurderes, når for eksempel barn eller eldre foreldre søker familiegjennforening. Etter departementets syn bør familiens samlede inntekt legges til grunn, selv om den består av introduksjonsstønad, når søker er barn under 18 år. I andre tilfeller, for eksempel når eldre foreldre søker familiegjennforening, er det departementets oppfatning at introduksjonsstønaden ikke bør medregnes. Som kjent er det opp til UDI og UNE å tolke gjeldende regelverk. Da det er noe uklart om vårt synspunkt er formidlet til direktoratet tidligere, ønsker vi imidlertid å tydeliggjøre departementets syn på dette punkt.

Slik regelverket er utformet i dag, går det ikke fram om introduksjonsstønad skal regnes som inntekt, eller om familiens samlede inntekt skal legges til grunn når eldre foreldre eller barn søker gjennforening med en ektefelle. I forslag til endringer i utlendingsforskriften som skal sendes på høring om kort tid, foreslår departementet å synliggjøre at introduksjonsstønad skal regnes som inntekt. Det foreslås imidlertid ikke regulert i forskriften om familiens samlede inntekt skal legges til grunn. Det kan imidlertid være aktuelt for departementet å regulere dette gjennom instruks når de vedtatte endringene i utlendingsloven § 38 er trådt i kraft.

Departementet har for øvrig merket seg innholdet i UDIs brev av 5.2.2004 om dispensasjon fra underholdskravet for barn født i riket. Vi har på bakgrunn av brevet lagt til grunn at UDI dispenserer i slike tilfeller. I vår beskrivelse av gjeldende rett i utkastet til høringsbrev om endringer i reglene om underholdskravet sies følgende (uthevet):

*”I mange tilfeller der barn søker familiegjennforening stilles det etter gjeldende ordning ikke krav til underhold. Det stilles eksempelvis ikke et slikt krav der forelderen er norsk, nordisk eller har bosettingstillatelse. **Praksis er videre at det heller ikke stilles krav til underhold der barnet er født i Norge.** Dersom barn søker om familiegjennforening med en forelder i Norge og forelderen ikke kan forsørge barnet, anser vi det ikke alltid for å være til det beste for barnet å komme til Norge.*

I mange tilfeller har også forelderen valgt å reise fra barnet frivillig. Likevel ser vi at mange vil kunne oppleve det som urimelig at det skal stilles et krav til underhold der et lite barn søker om familiegjenforening med en forelder i Norge. I enda større grad gjelder dette der barnet er født i Norge og er barn til en utlending med oppholdstillatelse.”

Med hilsen

Birgitte Ege e.f.
avdelingsdirektør

Anita Vardøy
rådgiver

Vedlegg 9

Personkrets som kan få familiegjenforening, barn:¹⁸⁹

Land	Barn med begge foreldre i riket	Barn som adopteres	Barn med en forelder i riket	Foster-barn	Mindre-årige helsøsken	Andre med tilknytning
Norge	Ja, rettskrav, ul. § 9 jf. uf. § 23 c	Ja, rettskrav, ul. § 9 jf. uf. § 23 d	Ja, rettskrav, ul. § 9 jf. uf. § 23 e	Ja, kan få, ul. § 8 annet ledd jf. uf. § 24 f	Ja, kan få, ul. § 8 annet ledd jf. uf. § 24 g	Ja, kan få, ul. § 8 annet ledd jf. uf. § 24 annet ledd
Sverige	Ja, rettskrav, utlännings-lagen kap. 5, 3 § nr. 2.	Ja, rettskrav, Utlännings-lagen kap. 5, 3 § nr 3.	Ja, rettskrav, utlännings-lagen kap. 5, 3 § nr 2.	Nei	Nei	
Danmark	Ja, barnet må være under 15 år.	Ja, barnet må være under 15 år	Ja, barnet må være under 15 år (tilknytningskrav i en del saker) ¹⁹⁰	Nei	Nei	
EUs direktiv 2003/86/EC	Ja, skal omfattes, art. 4 b. Må være under myndighets-alder i medlemsstat.	Ja, skal omfattes, art. 4 b. Må være under myndighets-alder i medlemsstat.	Ja, skal omfattes, art. 4 c og d ¹⁹¹ . Må være under myndighets-alder i medlemsstat.	Nei	Nei	

¹⁸⁹ Oversikt laget av forfatterne

¹⁹⁰ Tilknytningskrav kreves når barnet *og den andre forelder* fortsatt bor i hjemlandet eller annet oppholdsland i minst to år etter at herboende oppfylte betingelsene for familiegjenforening. En skjønnsmessig vurdering. Tilknytningskrav gjelder ikke for barn tilsvarende de vi skriver om i vår oppgave, som er igjen *uten* forelder.

¹⁹¹ Men ikke krav at medlemslandene åpner for disse dersom det finnes annen forelder som har foreldremyndighet. Dersom det åpnes for dette kreves den andre forelderens sitt samtykke.

Vedlegg 10

Underholdskrav for barn i familiegjenforeningssaker (hovedregel):¹⁹²

Land	Barn med begge foreldre i riket	Barn som adopteres	Barn med en forelder i riket	Fosterbarn	Mindreårige helsøsken	Andre med tilknytning
Norge	Ja	Ja	Ja	Ja, også boligkrav	Ja, også boligkrav	Ja, også boligkrav
Sverige	Nei	Nei	Nei	Får ikke familiegjenforening	Får ikke familiegjenforening	Nei
Danmark	Nei, kun unntaksvis	Nei, kun unntaksvis	Nei, kun unntaksvis	Får ikke familiegjenforening	Får ikke familiegjenforening	Ja
EUs direktiv 2003/86/EC	Opptil medlemsstatene	Opptil medlemsstatene	Opptil medlemsstatene	Får ikke familiegjenforening	Får ikke familiegjenforening	Opptil medlemsstatene

¹⁹² Oversikt laget av forfatterne